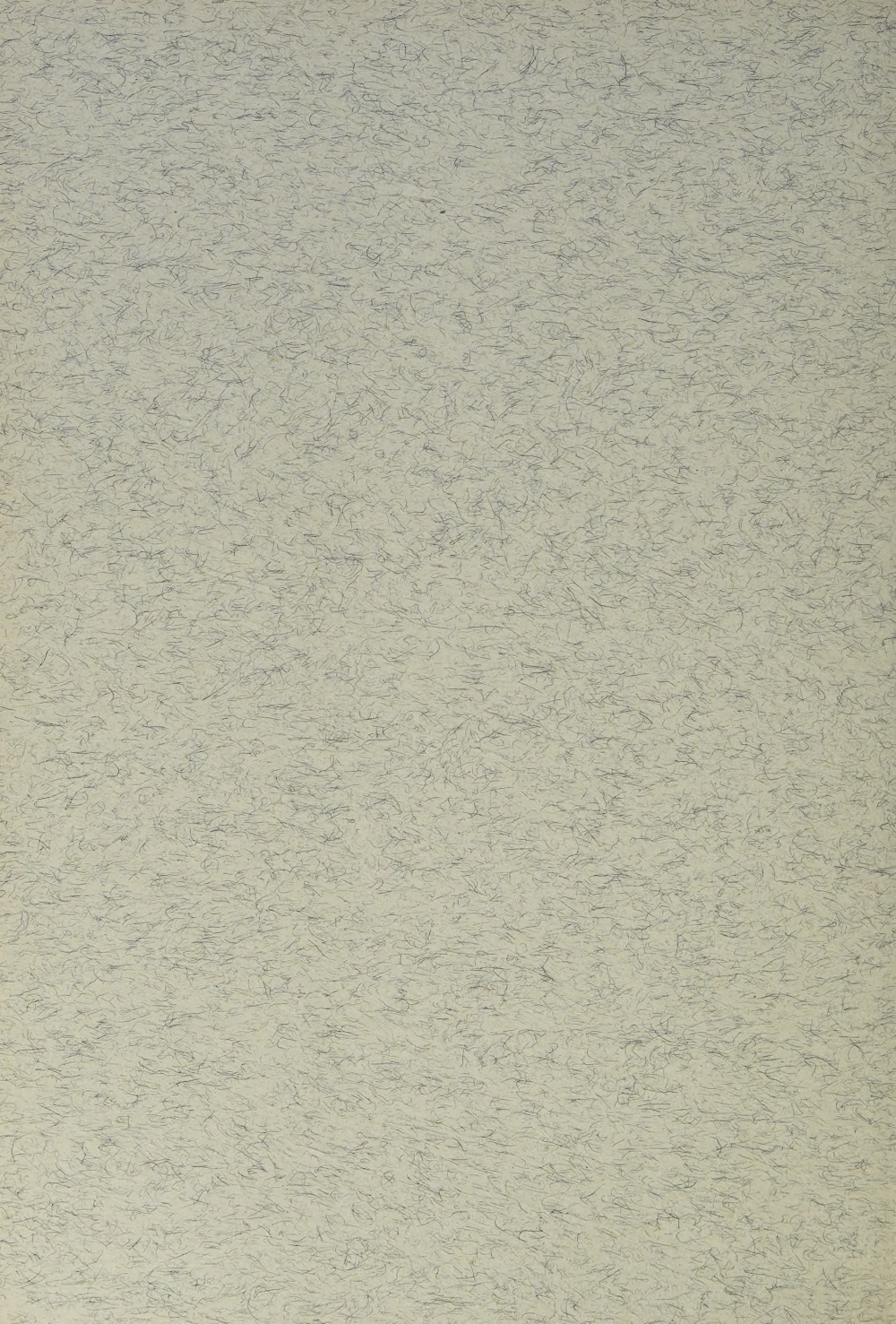


FRIEDRICH-ADOLF JAHN

**Rechtsanspruch
bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht
auf öffentlichen Straßen**

1961



**Rechtsanspruch
bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht
auf öffentlichen Straßen**

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
FRIEDRICH-ADOLF JAHN
aus Münster (Westf.)

1. Berichterstatter:

Prof. Dr. Hans J. WOLFF

2. Berichterstatter:

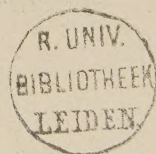
Prof. Dr. Harry WESTERMANN

Dekan:

Prof. Dr. Paul DEUTSCH

Tag der mündlichen Prüfung:

22. Juli 1961



Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555206_0012

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

		<u>Seite</u>
§ 1	Einführung in die Problematik	1
<u>ERSTER TEIL:</u>	<u>Begriff, Rechtsgrund und Rechtscharakter</u> <u>der Verkehrssicherungspflicht sowie ihre</u> <u>rechtlichen Beziehungen zur Straßenunter-</u> <u>haltungspflicht</u>	5
<u>I. Kapitel:</u>	<u>Der Begriff der Verkehrssicherungspflicht</u>	5
§ 2	Die Verkehrssicherungspflicht als Sammel- bezeichnung für eine Vielzahl von Rechts- pflichten	5
§ 3	Die Bedeutung des Bestandteils "Pflicht" im Worte Verkehrssicherungspflicht	7
<u>II. Kapitel:</u>	<u>Die rechtlichen Grundlagen der Verkehrssi-</u> <u>cherungspflicht</u>	9
§ 4	Die Verkehrssicherungspflicht als Rechts- pflicht zum Handeln im System der Rechts- ordnung	9
§ 5	Der Rechtsgrund der Pflicht zur Verkehrs- sicherung	11
§ 6	Die Voraussetzungen der Verkehrseröffnung	16
§ 7	Das Verhältnis der aus einem vorangegange- nen gefährdenden Tun abgeleiteten zu den auf Gesetz oder Vertrag beruhenden Verkehrs- sicherungspflichten	19
<u>III. Kapitel:</u>	<u>Der rechtliche Charakter der Verkehrssi-</u> <u>cherungspflicht</u>	24
§ 8	Die Allgemeingültigkeit des Rechtssatzes von der Verkehrssicherungspflicht	24
§ 9	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht	26
§ 10	Kriterium für den rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht auf öffent- lichen Straßen	33

		Seite
<u>IV. Kapitel:</u>	<u>Rechtsbeziehungen zwischen der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht und der Straßenunterhaltungspflicht</u>	38
§ 11	Überblick über die stark voneinander abweichenden Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung	38
§ 12	Der unterschiedliche Rechtsgrund beider Pflichten	40
§ 13	Der unterschiedliche Inhalt beider Pflichten	42
§ 14	Die Träger beider Pflichten	46
<u>ZWEITER TEIL:</u>	<u>Die Haftung bei Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht</u>	51
<u>I. Kapitel:</u>	<u>Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts</u>	52
§ 15	Die haftungsrechtliche Gleichstellung der Juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit Privatpersonen	52
§ 16	Die Erwägungen vor Einführung der Staatshaftungsbestimmungen	56
<u>II. Kapitel:</u>	<u>Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und anderer Gerichte</u>	60
§ 17	Die Berufung des Bundesgerichtshofes auf § 836 BGB als Haftungsgrundlage	60
§ 18	Die Theorie des Bundesgerichtshofes vom sog. Organisationsakt	64
§ 19	Die Beschränkung der privatrechtlichen Haftung auf die infolge des nicht verkehrssicheren Zustandes der Straße entstehenden Schadensfälle	68
§ 20	Die Abgrenzung der Aufgaben der Straßenverkehrsbehörden von denen der Straßenbaubehörden nach der Neufassung des § 3 Abs. 4 StVO	73

		<u>Seite</u>
§ 21	Die Tendenz der Rechtsprechung zur Preisgabe der bisherigen Rechtsauffassung	80
<u>III. Kapitel:</u>	<u>Die Auseinandersetzung mit den in der Wissenschaft vertretenen Rechtsauffassungen</u>	87
§ 22	Die ständig wachsende Kritik der Verwaltungsrechtslehre an der höchsttrichterlichen Rechtsprechung	87
§ 23	Der Einfluß des Runderlasses des Generalinspektors für Wasser und Energie vom 14.9. 1944 auf die rechtliche Beurteilung der Streitfrage	93
<u>IV. Kapitel:</u>	<u>Die Verkehrssicherung auf öffentlichen Straßen als Amtspflicht einem Dritten gegenüber</u>	96
§ 24	Die allgemeine Tendenz der Rechtsprechung zur Ausweitung der Amtshaftung	96
§ 25	Das Tatbestandsmerkmal der "einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflicht	106
§ 26	Das Verhältnis der Amtshaftungsbestimmungen zu den anderen Deliktstatbeständen	112
§ 27	Das gewonnene Ergebnis in rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Sicht	117
§ 28	Zusammenfassung	121

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S
=====

- ARNDT, Herbert Die Verkehrssicherungspflicht bei öffentlichen Straßen
in DAR 1956, 285
- ASSMANN, Hans Die Haftpflicht der preußischen Gemeinden und Gemeindeverbände,
Berlin 1913
- BÄRMANN, Johannes Haftung für Straßensicherheit
in Ztschr.f.Verkehrssicherheit 1952/53,
S. 497
- BALLERSTEDT, Kurt Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter
in AcP Bd.151 (1950/51), S.501
- BARKHAU, Werner Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen
in Verwaltung und Wirtschaft (Schriftenreihe der Verwaltungsakademien),
Stuttgart u. Köln 1954
- BAUMBACH-LAUTERBACH Kommentar zur ZPO,
25. Aufl., München u. Berlin 1958
- BAUMEISTER, Ludger Zur Geschichte und Problematik des deutschen Straßen- und Wegerechts
in Forschungsarbeiten aus dem Straßenwesen, Schriftenreihe der Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen,
Neue Folge - Heft 31, Bielefeld 1957
- BENDER, Bernd Allgemeines Verwaltungsrecht,
2. Aufl., Freiburg 1956
- BETTERMANN, August Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung
in DöV 1954, 299
- Anm.z.Urt.d. BVerwG v. 7.11.1957
in DVBl 1958, 867

- BLOMEYER, Arwed Allgemeines Schuldrecht,
Berlin 1953
- BOCHALLI, Alfred Die Verkehrssicherungspflicht für die
Wasserstraßen
in DVBl 1951, 755
- Wegerecht und ländlicher Straßenbau
in Peters Handbuch der kommunalen Wis-
senschaft und Praxis (2.Bd.), S.562,
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1957
- Die Fortbildung des Wegerechts durch
die neuere Gesetzgebung und Rechtspre-
chung
in DVBl 1959, 612
- BÖHMER, Emil Die zivil- und strafgerichtliche Recht-
sprechung zum Verkehrsrecht
in JZ 1960, S.55 u. S.86
- BOEHMER, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechts-
ordnung, 1. Buch,
Tübingen 1950
- BRUCKNER Die Haftpflicht derjenigen, welche die
ihrer Verfügung unterstehenden Räume
dem öffentlichen Verkehr gewidmet haben,
für die ordnungsmäßige und verkehrssi-
chere Beschaffenheit dieser Räume
in Das Recht 1905, S.329 u. S.353
- BRÜGGEMANN, Dieter Zur Konkurrenz zwischen Amtshaftung
und Haftung nach StVG bei Hoheits-
fahrten
in DAR 1955, 233
- BRUNE, Erwin Der Rechtscharakter der Nutzungsverhält-
nisse bei der Personenbeförderung im
Linienverkehr,
"Diss.jur.", Münster 1959
- CLASEN, Heinrich Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht
gemischte Rechtsverhältnis
in DöV 1959, 281
- COERMANN, W. Recht und Pflicht im Straßenverkehr
in GruchArch Bd.51 (1907), S.286
- COING, Helmut System, Geschichte und Interesse in der
Privatrechtswissenschaft
in JZ 1951, 481
- CREMER Wer ist für die Aufstellung von War-
nungstafeln an gefährlichen Wegestellen
verantwortlich?
in VAE 1939, 142

- CREMERIUS Zur Verkehrssicherungspflicht der Gemeinden
 in Der Gemeindetag 1958, 231
- DANCKELMANN, B. Verkehrssicherungspflicht der Gemeinden
 für ihre Straßen
 in NJW 1951, 905
- DELIUS, Hans Die Haftpflicht der Beamten,
 2. Aufl., Berlin 1909
- Die Haftung für Verkehrssicherheit
 in DJZ 1914, Sp.206
- DERNBURG, Heinrich Das bürgerliche Recht des deutschen
 Reichs und Preußens, 1. Bd.,
 2. Aufl., Halle (Saale) 1902
- DÖLLE, Hans Außergesetzliche Schuldpflichten
 in Ztschr.f.ges.Staatsw. Bd.103 (1943),
 S.67
- DRAUTZ, Gustav Wegerecht und Reichs-Straßenverkehrs-
 Ordnung
 in Dt.Verw.Blätter 1936, 525
- DREES, Bernhard Unerlaubte Handlungen (§§ 823-853 BGB)
 in ERMAN, Komm. z. BGB,
 2. Aufl., Münster 1958
- DÜNNBIER, Wernher Verkehrssicherungspflicht und Fahrbahn
 in bayVwBl 1957, S.88 u. S.117
- ECKNER Anm. z. Urt. d. OVG Hamburg v. 29.6.1951
 in Arch.f.d.Post- und Fernmeldewesen
 1951, 505
- ECKSTEIN, Ernst Haftung für Unfälle des Kunden im Laden
 in Seuff.Bl.f.Rechtsanwendung,
 Bd.78 (1913), S.285
- ENDEMANN, Friedrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1.Bd.,
 5. Aufl., Berlin 1899
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II.Bd.,
 Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearb.
 von Heinrich LEHMANN, Tübingen 1958
 (zit.: ENNECCERUS-LEHMANN)
- ERMACORA, Felix Die Organisationsgewalt
 in VVDStRL, Heft 16 (1958), S.191
- ESSER, Josef Die Zweispurigkeit unseres Haftpflicht-
 rechts
 in JZ 1953, 129

- ESSER, Josef Lehrbuch des Schuldrechts, Allg.u.Bes.
Teil,
2.Aufl., Karlsruhe 1960
(zit.: ESSER, Lehrbuch)
- EVERS, Hans-Ulrich Verkehrssicherungspflicht oder Hoheits-
haftung? - BGHZ 32, 352
in JuS 1961, 125
- FISCHERHOF, Hans "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche
Betätigung der Gemeinden
in DöV 1960, 41
- FLOEGEL-Hartung Kommentar zum Straßenverkehrsrecht,
11. Aufl., München u. Berlin 1958
- FORSTHOFF, Ernst Die Verwaltung als Leistungsträger,
Stuttgart und Berlin 1938
- Die Verkehrssicherungspflicht in An-
sehung öffentlicher Sachen im Gemein-
gebrauch
in DVBl 1952, 164
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I.Bd.,
Allgemeiner Teil,
7. Aufl., München u. Berlin 1958
(zit.: FORSTHOFF, Lehrbuch)
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung
in res publica (Beiträge zum öffentli-
chen Recht), 1.Bd., Stuttgart 1959
- FREUND , Hans Probleme der Wegereinigungs-gesetze
in NJW 1961, 586
- FRIEBE Haftpflichtfragen im öffentlichen
Schulbetriebe
in Staats- und Selbstverwaltung
1939, S.285
- Neugestaltung des Amtshaftungsrechts?
in VerwArch Bd.47 (1942), S.77
- FRIESENHAHN, Ernst Die rechtsstaatlichen Grundlagen des
Verwaltungsrechts
in RStW (2.Bd.) 1950, S.239
- FRISIUS, H.J. Zur Frage der Verkehrssicherungspflicht
bei öffentlichen Straßen
in NJW 1953, 886
- Anm. z. Urt. d. BGH vom 30.4.1953
(= BGHZ 9,373)
in NJW 1953, 1625

- GAERTNER Haftung der Gemeinden für Schäden aus ihrer Wegeunterhaltungspflicht in RVerwBl Bd.58 (1937), S.176
- GEIGEL, Reinhart u. Robert Der Haftpflichtprozeß, 9. Aufl., München u. Berlin 1957
- GEIGER, Willi Bemerkungen zur Haftung des Staates für sein hoheitliches Handeln de lege ferenda
in DRiZ 1955, 206
- GERDES, Emil Haftpflicht der Gebietskörperschaften für mangelnde Verkehrssicherheit öffentlicher Straßen, Wege und Plätze, "Diss. jur.", Göttingen 1927
- GERMERSHAUSEN-SEYDEL Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Aufl., 1.Bd., Berlin 1932 - unveränderter Nachdruck 1953
- GIERKE, Otto Empfiehlt sich eine einheitliche Regelung der Haftung des Staates und anderer Juristischer Personen des öffentlichen Rechts für den von ihren Beamten bei Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden?
in Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages, 1905 (1.Bd.), S.102
- GIESE, Friedrich Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.Aufl., Tübingen 1952
- GIESE-SCHUNCK Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 5. Aufl., Frankfurt 1960
- von GLÜCK, D. CHRISTIAN Friedrich Kommentar zu den Pandecten (39.Bd.), Erlangen 1875
- GOLDSCHIEDER, Anton Die Haftung der Wirte für die Unfälle in ihren Räumen
in GruchArch Bd.60 (1916), S.369
- GOTTSCHALK, J.W. Handbuch des Niedersächsischen Wegerechts, Göttingen 1961
- GRAMM, Hans Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433 - 853 BGB)
in PALANDT, Komm. z. BGB, 79. Aufl., München u. Berlin 1960
- GRASMANN, Otto Wer ist Träger der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen?
in DAR 1954, 199
- GROEBE, Klaus Bayern kodifiziert sein Wegerecht in DöV 1958, 833

- HOFACKER, Wilhelm Die Verkehrssicherungspflicht,
Stuttgart 1929
- HURST, Karl Die Haftung des Pflichtigen
in PETERS Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis (2. Bd.),
S.880, Berlin - Göttingen - Heidelberg
1957
- IHERING, R. Culpa in contrahendo oder Schadensersatz
bei nichtigen oder nicht zur Perfektion
gelangten Verträgen
in Iher.Jahrb.f.Dogmatik Bd.4 (1861), S.1
- JACOBI, Ludwig Die Rechtsstellung der Strafgefangenen
in Ztschr.f.d.ges.Strafrechtswissenschaft
Bd.50 (1930), S.376
- JELLINEK, Georg Allgemeine Staatslehre,
3. Aufl., Berlin 1914
- JELLINEK, Hansjörg Grenzen der Verkehrssicherungspflicht
auf öffentlichen Straßen
in Gedächtnisschrift f. Walter JELLINEK,
München 1955
- JELLINEK, Walter Verwaltungsrecht,
3. Aufl., 1931, unveränderter Neudruck,
Offenburg 1948
- JENTSCH, Ulrich Zum Begriff des öffentlichen Rechts
in DöV 1956, 299
- JOSEF, Eugen Bemerkungen zur Lehre von der Haftung
für die Verkehrssicherheit von privaten
und Berufs-Räumen
in GruchArch Bd.52 (1908), S.525
- KACZMARZYK, Max Die Haftung für die Verkehrssicherheit
der Reichswasserstraßen (öffentlichen
Binnenwasserstraßen),
Berlin u. Leipzig 1936
- von KAMPTZ-DELIUS Die Rechtsprechung des Reichs- und
Kammergerichts auf den Gebieten des
öffentlichen Rechts,
1. Bd., Berlin 1906
- KASER, Max Das römische Privatrecht I,
München 1955
- KAYSER - LEISS Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher
Gewalt,
2. Aufl., München - Berlin 1958

- KEHRL Bespr. der Abhandlung von KACZMARZYK:
Die Haftung für die Verkehrssicherheit
der Reichswasserstraßen
in Ztschr.f.Agrar- und Wasserrecht
Bd. 23 (1937), S.283
- KELSEN, Hans Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft
in AöR Bd. 31 (1913), S.53
- Allgemeine Staatslehre,
Berlin 1925
- KETTERER - FRIEDRICH Die Streupflicht in Gesetzgebung und
Rechtsprechung,
2. Aufl., München u. Berlin 1957
- KLEIN, Friedrich Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit
der Zivilgerichte im öffentlich-
rechtlichen Bereich
in Verwaltung und Wirtschaft, Heft 11,
Stuttgart und Köln 1954
- KLEINSORG - RÖHDER Die Haftpflicht der Gemeinden und Ge-
meindeverbände im Lichte der Recht-
sprechung,
2.Aufl., Berlin - Köln 1956
- KLOSE - VOLLBACH Das Reichsnaturschutzgesetz,
Verlag J. Neumann-Neudamm 1936
- KNORR, Gerhard Zum Bayerischen Straßen- und Wegegesetz
in bayVwBl 1958, S.257 u. S.300
- KODAL - GUDAT Handbuch des Straßenbaurechts,
München u. Berlin 1954
- KOELLREUTER, Otto Grundfragen des Verwaltungsrechts,
Köln - Berlin 1955
- KÖTTGEN, Arnold Bespr.d.Abhandlung v. Erich MOLITOR:
Über öffentliches Recht und Privatrecht
(Karlsruhe 1949)
in AcP Bd.151 (1950/51), S.167
- Die Organisationsgewalt
in VVDStRL, Heft 16, Berlin 1958
- KRAFT, Alfons Gedanken zum Problem der Verkehrssiche-
rungspflicht
in DöV 1954, 518
- KRAFT, J. Wegerecht und Haftpflicht
in GruchArch Bd.58, S.101 u. S.381
- KREBS, Theodor Verkehrsrecht und Verkehrswirtschaft,
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960
- KREBSBACH, August Die Pflicht zur Beleuchtung städtischer
Straßen
in Der Städtetag 1955, 169

- KREFT, Friedrich Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen
in DöV 1955, 517
- KRÖNER, Herbert Die Verkehrssicherungspflicht bei öffentlichen Straßen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
in DRiZ 1959, 233
- KRÜGER, Herbert Das besondere Gewaltverhältnis
in VVDStRL, Heft 15, Berlin 1957
- LANDESV ERKEHRSWACHT
von NRW Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung,
Heft 3 der Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft zur Förderung der Industrie-Wasserwirtschaft im Bundesverband der Deutschen Industrie, Köln 1957
- LANDESV ERKEHRSWACHT
von NRW Die Sicherung von Gefahrenstellen, von Verkehrshindernissen und von Bausperren auf öffentlichen Wegen, insbesondere durch Kenntlichmachung und Beleuchtung, Rechtsgutachten Nr. 12 v. 15.3.1951
- LANDMANN-GIERS-PROKSCH Allgemeines Verwaltungsrecht,
2. Aufl., Düsseldorf 1960
- LARENZ, Karl Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt"
in MDR 1954, 515
- LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS II,
1. Aufl., München u. Berlin 1956
(zit.: LARENZ, Lehrbuch)
- LIASSAR, Gerhard Grundbegriffe des preußischen We gerechts,
Berlin 1919
- LAUX, Eberhard Ist die Personenbeförderung der Bundespost im Linienverkehr Ausübung hoheitlicher Gewalt?
in NJW 1952, 772
- LINDE, Trutz Wegerecht und Verkehrssicherungspflicht
in RdL 1959, 33
- LINDECK Zur Bestimmung des § 839 BGB
in Ztschr.f.Binnenschiffahrt 1952, 14
- LINTALER, Hans Die Verkehrssicherungspflicht,
"Diss. jur", Berlin 1940
- MALLMANN, Walter Besprechung des Buches von Hermann KETTERER: Die Streupflicht in Gesetzgebung und Rechtsprechung
In JZ 1960, 264

- von MANGOLDT - KLEIN Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
Bd.1 (Art. 1-28),
2. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1957
- Das Bonner Grundgesetz, Kommentar
(Art. 29-49),
2. Aufl., 3. Lieferung (1.Lieferung des
2. Bandes),
Berlin und Frankfurt 1959
- MARSCHALL, Ernst A. Kommentar zum Bundesfernstraßengesetz,
Köln-Berlin 1954
- MAUNZ, Theodor Hauptprobleme des öffentlichen Sachen-
rechts,
München, Berlin u. Leipzig 1933
- MAYER, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Bd.,
3. Aufl., München u. Leipzig 1924
- MEISS, Wilhelm Besprechung der Broschüre von Hans
SPANNER: Grenzen zwischen öffentlichem
und bürgerlichem Recht im Wegerecht
in JZ 1959, 679
- MENGER, Christian-
Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes,
Tübingen 1954
- Höchsttrichterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht
in VerwArch Bd.50 (1959), S.193 (198)
- MITTERMAIER, Wolfgang Gefängniskunde,
Frankfurt 1954
- MOHN, Ludwig Rechtsfälle des öffentlichen Rechts,
Berlin 1933
- MOLITOR, Erich Über öffentliches Recht und Privatrecht,
Karlsruhe 1949
- MÜLLER, Fritz Kommentar zum Straßenverkehrsrecht,
20.Aufl., Berlin 1957
- MUGDAN, Benno Die gesamten Materialien zum Bürger-
lichen Gesetzbuch für das Deutsche
Reich, II. Band (Recht der Schuldver-
hältnisse),
Berlin 1899
- NEDDEN, Gerhard Die Pflicht zur Aufstellung von Ver-
kehrszeichen und die Verkehrssicherungs-
pflicht auf öffentlichen Straßen
in DöV 1956, 14
- Straßenverkehrssicherungspflicht und
Straßenbaulast
in NJW 1956, 1014

NEDDEN, Gerhard

Anm. z. Urt. d. BGH v. 4.6.1956
(= BGHZ 21,48)
in NJW 1956, 1835

Anm. z. Urt. d. BGH v. 19.5.1958
(= BGHZ 27, 278)
in NJW 1958, 1819

NIRK, Rudolf

Rechtsvergleichendes zur Haftung für
culpa in contrahendo
in Ztschr. f. ausl.u.internat.PrivR.
Bd. 18 (1953), S. 310

PAGENDARM, Kurt

Rechtsprechung des III. Zivilsenats
in DRiZ 1960, 314

Amtshaftungsklagen in der Rechtsprechung
des BGH
in VersR 1960, 878

PATERNA

Anm. z. Urt. d. RG v. 1.7.1942
(III 35/42)
in Ztschr.f.Agrar- und Wasserrecht
Bd.28 (1943), S. 333

PETERS - SALZWEDEL

Die Kostenverteilung zwischen Straßen-
baulastträgern und öffentlichen Verkehrs-
unternehmern, - Grundfragen des Perso-
nenbeförderungs- und Wegerechts -,
1. Aufl., Berlin 1960

PFRETZSCHNER, H.

Zur "Haftung" des Lehrers bei Verletzun-
gen der Aufsichtspflicht
in ZBR 1956, 399

PLANCK

Kommentar z. BGB
2. Bd., 2. Hälfte (§§ 701-853),
4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1928

PUST, Wolfgang

Die rechtliche Natur der Haftung des
Staates, der Gemeinden und anderer
Körperschaften des öffentlichen Rechts
für den ordnungsmäßigen Zustand der
öffentlichen Straßen, Wege und Plätze,
"Diss. jur.", Hamburg 1941

REICHSGERICHTSRÄTE-
KOMMENTAR

Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 705 -
805), II. Band, 2. Teil, 11.Aufl.,
Berlin 1960
(zit.: RGRK)

REINHARDT, Rudolf

Empfiehlt es sich, die verschiedenen
Pflichten des Staates zur Entschädigungs-
leistung aus der Wahrnehmung von Ho-
heitsrechten nach Grund, Inhalt und Gel-
tendmachung gesetzlich neu zu regeln?
in Verhandlungen des 41. Deutschen Ju-
ristentages, Bd. 1 (Gutachten),
Tübingen 1955

- RICHTER, Fritz Zum Begriff der öffentlichen Gewalt
in JW 1938, 3274
- RIEDERER - SIEDER Bayerisches Wassergesetz, Kommentar,
1. Aufl., München 1957
- RIETSCHEL, Siegfried Die Amtshaftung,
"Diss. jur.", Würzburg 1940
- ROSENBERG, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts,
8. Aufl., München u. Berlin 1960
- RUCK, Erwin Schweizerisches Verwaltungsrecht,
2. Bd., Besonderer Teil,
3. Aufl., Zürich 1953
- RUPP, Heinrich Die Beseitigungs- und Unterlassungs-
klage gegen Träger hoheitlicher Gewalt
in DVBl 1958, 113
- SANDER, Herbert Grundsätzliches über die Haftung für
Schäden, die vom öffentlichen Verkehrs-
weg ausgehen,
"Diss. jur.", Düsseldorf 1935
- von SAVIGNY, Friedrich
Carl System des heutigen römischen Rechts,
1. Bd., 1. Buch, Berlin 1840
- SCHACK, Friedrich Die Haftung bei öffentlich-rechtlicher
Verwahrung
in RVerwBl 1935, 189
- Die Haftung hinsichtlich der öffentli-
chen Sachen
in RVerwBl 1938, 523
- Unvollkommenheiten des geltenden Amts-
haftungsrechts
in Deutsches Recht 1943, 632
- von SCHELHORN, Johann
Rudolf Die Amtshaftung,
Berlin 1925
- SCHEUNER, Ulrich Anm. z. Urt. d. OLG Frankfurt v.
13.4.1931,
in JW 1932, 2095
- Zur Neuordnung des Wegerechts
in RVerwBl 1937, 729
- Grundfragen der Staatshaftung für
schädigende Eingriffe
in Gedächtnisschrift f. Walter JELLINEK
1955, S.331

SCHEUNER, Ulrich

Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des
Gemeingebrauchs und der Nutzung öffent-
licher Sachen
in Festschr.f.Paul GIESEKE 1958, S.73

Die neuere Entwicklung des deutschen
Staatsrechts
in Juristen-Jahrbuch 1960, 1.Bd.,S.120

SCHMALZL, Max

Rechtsgrund und Inhalt der Straßenver-
kehrssicherungspflicht
in NJW 1956, 205

SCHMID, Georg

Rechtsweg bei Schadensersatzklagen aus
Unfällen auf öffentlichen Straßen und
dergleichen
in Fischers Zeitschrift für Verwaltungs-
recht, Bd. 73 (1936), S.249

SCHMIDT

Die Grundbegriffe des Wegerechtes
in Fischers Zeitschrift für Praxis und
Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 47
(1918), S.1

SCHMIDT, Franz

Die Straßenbaulast unter besonderer
Berücksichtigung der Lage der kriegs-
zerstörten Städte
in Festschrift zur Feier des 25-jähri-
gen Bestehens der Westfälischen Verwal-
tungsakademie in Münster und der Verwal-
tungs- u. Wirtschaftsakademie Industrie-
bezirk Sitz Bochum (1950), S.137

SCHOEN, Xaver

Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbar-
keit
in DöV 1955, 137

SCHÖNKE - SCHRÖDER

Kommentar zum StGB,
9. Aufl., München u. Berlin 1959

SCHULZE, Heinz

Das neue bayerische Straßen- und Wege-
gesetz
in Die Selbstverwaltung 1958, 231

SCHUSTER, Fritz

Die Anwendbarkeit des Artikels 131 der
Weimarer Verfassung bei Verkehrsunfällen
durch Fahrzeuge im öffentlichen Dienst
unter besonderer Berücksichtigung der
Deutschen Reichspost
in Jahrbuch des Postwesens 1937, 323

Postrechtspraxis,
3. Aufl., Goslar 1954

SCHWARZE, Josef

Die Verkehrssicherungspflicht auf
öffentlichen Wegen
in MDR 1954, 584

- SCUPIN, Hans-Ulrich Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland
in PETERS Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis (2.Bd.), S. 606,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
- Deutscher Bundesstaat und Gleichheits-
satz
in Festschr.f. Karl Gottfried HUGELMANN
1959; S. 579
- SIEBERT, Wolfgang Privatrecht im Bereich öffentlicher
Verwaltung
in Festschr. f. Hans NIEDERMEYER 1953,
S. 215
- Zur neueren Rechtsprechung über die Ab-
grenzung von Zivilrechtsweg und Verwal-
tungsrechtsweg
in DöV 1959,733
- SIEDER - ZEITLER Bayerisches Straßen- und Wegegesetz,
Kommentar,
München u. Berlin 1960
- SIEVERS, Rudolf Der natürliche Wasserlauf im Recht
in VerwArch Bd. 51 (1960), S. 187
- SOERGEL Komm. z. BGB: Recht der Schuldverhält-
nisse (§§ 433 - 853),
8. Aufl., Stuttgart u. Köln 1952
- SOHM, Rudolph Institutionen,
17. Aufl., München und Leipzig 1931
- SPANNER, Hans Grenzen zwischen öffentlichem und bür-
gerlichem Recht im Wegerecht
in Schriftenreihe der Arbeitsgruppe
"Straßenverwaltung" der Forschungsge-
sellschaft für das Straßenwesen e.V.,
Heft 2, Bielefeld 1958
- STADE, Hans-Joachim Die Amtshaftung für unterlassenes be-
hördliches Einschreiten,
"Diss. jur.", Jena 1940
- STAUDINGER Recht der Schuldverhältnisse, II. Band,
3. Teil (§§ 631-853),
9. Aufl., München, Berlin u. Leipzig
1929
- STEFFENS, H. Straßenzustand und Gemeindehaftung
in DöD (A) 1953,48
- STEIN-JONAS-SCHÖNKE Kommentar zur ZPO,
18. Aufl., Tübingen 1956

- STOLL, Heinrich Besprechung der Abhandlung von HOFACKER:
Die Verkehrssicherungspflicht,
Stuttgart 1929
in AcP Bd. 135, S. 119
- SUHLE, Günter Die Verkehrssicherungspflichten des
privaten Hausbesitzers nach dem Stande
der Rechtsprechung,
"Diss. jur.", Heidelberg 1936
- THIERFELDER, Hans Ein neues Problem der Verkehrssicherungs-
pflicht
in DöV 1960, 898
- TREUHERZ, Gertrud Die Verkehrssicherungspflicht der öffent-
lich-rechtlichen Körperschaft bei den
öffentlichen Wegen,
"Diss. jur.", Leipzig 1937
- TRIEBNER, Werner Ausübung hoheitlicher Gewalt und Straßen-
verkehr
in Deutsches Recht 1943, 635
- von TUREGG, Kurt Egon Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
3. Aufl., Berlin 1956
- ULE, Carl-Hermann Das besondere Gewaltverhältnis
in VVDStRL Heft 15 (1957), S. 133
- Verwaltungsgerichtsbarkeit,
Köln u. Berlin 1960
- von VELTHEIM, H. Der Rechtscharakter des Kraftpostreise-
dienstes
in NJW 1954, 1472
- WEBER, Werner Die Haftung für Schäden durch geschütz-
te Naturscheinungen
in ABld.d.KultMin.v.NRW v.1.2.1950, S.59
- WEBER-SCHOENICHEN Kommentar zum Reichsnaturschutzgesetz,
Berlin 1936
- WEIGELT, Werner Die Haftung des Wegeunterhaltungspflichti-
gen für Kraftfahrzeugunfälle infolge
schlechter Wegebeschaffenheit
in RVerwBl Bd.53 (1932), S. 889
- WEIMAR, Wilhelm Hat Art. 34 GG Änderungen gegenüber
Art. 131 WRV gebracht?
in DöV 1952, 459
- Die Amts- und Staatshaftung,
Frankfurt 1954
- Haftpflichtrecht und Haftpflichtver-
sicherung,
Heft 1, Köln 1958

- WEITNAUER Die Haftung aus Amtspflichtverletzungen,
Düsseldorf 1956
- WESTERMANN, Harry Welche gesetzlichen Maßnahmen zur Luft-
reinhaltung und zur Verbesserung des
Nachbarrechts sind erforderlich?,
Köln u. Opladen 1958
- WIETHAUP Zum Reichsnaturschutzgesetz
in RdL 1957, 29
- WILHELM, Friedrich Die Haftung für den schlechten Zustand
öffentlicher Wege
in RVerwBl Bd. 53 (1932), S. 887
- WINDSCHEID, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Band,
8. Aufl., Frankfurt 1900
- WOELKER, Joachim Der Gegensatz zwischen öffentlichem
und privatem Recht
in Fischers Zeitschrift für Verwaltungs-
recht Bd. 72 (1935), S. 225
- WOLFF, Hans J. Über die Gerechtigkeit als principium
juris
in Festschrift f. Wilhelm SAUER (1949),
S. 103
- Der Abwendungsanspruch aus öffentlichen
Reflexrechten insbesondere im Fürsorge-
recht
in Festschrift zur Feier d. 25-jährigen
Bestehens d. Westf. Verwaltungsakademie
in Münster u. d. Verwaltungs- u. Wirt-
schaftsakademie Industriebezirk Sitz
Bochum, S. 119, Münster 1950
- Der Unterschied zwischen öffentlichem
und privatem Recht
in AöR Bd. 76 (1950), S. 205
- Anm. z. Urt. d. BGH v. 26. 3. 1953
in JZ 1953, 552
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestal-
tende Grundentscheidungen als Rechts-
quellen
in Gedächtnisschrift f. W. JELLINEK
1955, S. 33
- Die Rechtsgestalt der Universität
in Arbeitsgemeinschaft für Forschung
des Landes NRW (Geisteswissenschaften)
Heft 52, Köln u. Opladen 1956
- Anm. z. Urt. d. BGH v. 23. 2. 1956
(= BGHZ 20, 102)
in JZ 1956, 489

- WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht I,
3. Aufl., München u. Berlin 1959
(zit.: WOLFF, Lehrbuch)
- WUSSOW, Werner Das Unfallhaftpflichtrecht,
6. Aufl., Berlin - Köln 1957
- ZIMNIOK, Klaus Bayerisches Straßen- und Wegegesetz,
München 1958
- ZIPPELIUS, Reinhold Grundfragen des öffentlichen Sachen-
rechts und das Bayerische Straßen- und
Wegegesetz
in DöV 1958, 838

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	= Archiv für die zivilistische Praxis (seit 1818)
ALR	= Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886)
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
bayStrWG	= Bayerisches Straßen- und Wegegesetz v. 11. Juli 1958 (SaBl. S. 1297)
bayVwBl	= Bayerische Verwaltungsblätter (neue Folge seit 1955)
bayWG	= (bayerisches) Wassergesetz v. 23. März 1907
BB	= Der Betriebsberater (seit 1946)
BBG	= Bundesbeamtengesetz v. 18. September 1957 (SaBl. S. 1680)
berlStrG	= Berliner Straßengesetz v. 11. Juli 1957 (SaBl. S. 1095)
BFStrG	= Bundesfernstraßengesetz v. 6. August 1953 (SaBl. S. 1046)
DAR	= Deutsches Autorecht
DBG	= Deutsches Beamtengesetz v. 26. Januar 1937 (RGBl I, S. 39)
DöD A	= Der öffentliche Dienst (seit 1947, ab 1950 in Ausgaben A und B)
DöV	= Die öffentliche Verwaltung (seit 1947)
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung (1909 - 1935 u. ab 1950)
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt (Fortsetzung des Reichsverwaltungsblatt)
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949 (BGBl I, S. 1)
GruchArch	= Gruchots Archiv, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (1857 - 1933)

hmbWG	= Hamburgisches Wegegesetz v. 4. April 1961 (SaBl. S. 799)
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung (1925-1942)
ImpfG	= (Reichs-)Impfgesetz v. 8. April 1874 (RGBl I, S. 31)
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung (seit 1961)
JZ	= Juristenzeitung (seit 1951)
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht (seit 1947)
MinBl Speer	= Ministerialblatt des Generalbevollmächtigten für die Regelung der Bauwirtschaft, des Generalinspektors für das deutsche Straßenwesen und des Generalinspektors für Wasser und Energie
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (seit 1947)
nwLStrGE	= Entwurf eines Straßengesetzes des Landes NRW, Landtag NRW, Drucksache Nr. 10 v. 8. Oktober 1958
OldZ	= Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg
PrVerwBl	= RuPrVerwBl
prWegereinigungsG	= (preußisches) Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912
RdL	= Recht der Landwirtschaft (seit 1949)
RNatSchG	= Reichsnaturschutzgesetz v. 26. Juni 1935
RNatSchGDVO	= Durchführungsverordnung zum RNatSchG
RStW	= Recht -Staat-Wirtschaft, Schriftenreihe des Innenministers des Landes NRW für Staatswissenschaftliche Fortbildung
RuPrVerwBl	= Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (seit 1927)
RVerwBl	= RuPrVerwBl
SaBl	= Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder (seit 1950)
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen

SeuffArch	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
StRegG	= Gesetz über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung v. 26. März 1934 (RGBl I, S. 243)
StVO	= Straßenverkehrsordnung
StVZO	= Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
VAE	= Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen
VersR	= Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VerwArch	= Verwaltungsarchiv (1893.-1942 und seit 1957)
VRS	= Verkehrsrechtssammlung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924)
VwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (seit 1949)
WarnRspr	= Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen
WRV	= Verfassung des Deutschen Reiches v. 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung) (RGBl I, S. 1383)
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht (seit 1953)

§ 1 Einführung in die Problematik

Mit der sprunghaften Zunahme des Verkehrs auf den öffentlichen Straßen und Wegen ist auch die Verantwortung für deren Instandhaltung gestiegen. Das Haftpflichtrecht gewinnt deshalb immer mehr an Bedeutung. Die Fülle des Materials in Lehre und Rechtsprechung auf diesem Gebiet zeigt, daß noch grundsätzliche Meinungsverschiedenheiten bestehen¹⁾. So ist auch die mit dem Thema aufgeworfene und zugleich umrissene Streitfrage, ob die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen eine Haftung nach § 823 Abs.1 BGB, aus dem Rechtsgedanken des § 836 BGB oder nach § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG auslöst, lebhaft umstritten. Die Schwierigkeit der Behandlung dieses Themas liegt einmal in dem für die öffentlichen Sachen kennzeichnenden Nebeneinander von privat- und öffentlich-rechtlicher Sphäre, zum anderen in dem Fehlen einer speziellen gesetzlichen Regelung der Haftpflicht für mangelnde Verkehrssicherheit.

Der BGH und die übrigen Gerichte halten an der ständigen Rechtsprechung des RG fest, wonach die Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen nicht in § 839 BGB i.Verb.m. Art.131 WRV (jetzt: Art.34 GG) zu erblicken, sondern nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen (§§ 823 Abs.1, 89, 31 BGB) zu beurteilen ist, und zwar auch dann, wenn die Verantwortung Juristische Personen des öffentlichen

1) Auf die unterschiedliche Lage der Verkehrsunfallgeschädigten bei den verschiedenen Verkehrsarten hat neuerdings KREBS (S.302 ff) hingewiesen.

Rechts¹⁾ trifft. Angesichts dieser einheitlichen und nahezu feststehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung könnte man nun meinen, es dabei bewenden lassen zu müssen. Allein bei näherer Betrachtung der ergangenen Entscheidungen stellt sich heraus, daß zwar die Ergebnisse im allgemeinen dieselben sind, nicht aber die Begründungen, die zu diesen Ergebnissen führen. Vielmehr lassen die Entscheidungen häufig - wohl unter dem Druck des lebhaften Widerspruchs seitens der Rechtslehre - eine gewisse Unsicherheit in der Begründung erkennen. Vor allem in letzter Zeit wird besonders im verwaltungsrechtlichen Schrifttum in zunehmendem Maße eine von der Rechtsprechung abweichende Auffassung vertreten und der Standpunkt der Rechtspraxis als unhaltbar bezeichnet.

Der sachliche Unterschied der vertretenen Meinungen besteht darin, daß im Rahmen der Staatshaftung nach § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG in den meisten Fällen das Haftungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB eingreift, wonach der Verkehrssicherungspflichtige beim Vorliegen einer fahrlässigen Pflichtverletzung nur dann haftet, wenn der Geschädigte auf andere Weise²⁾ keinen Ersatz³⁾

1) Die deutsche Rechtsordnung kennt als Arten Juristischer Personen des öffentlichen Rechts die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten. Staaten, Gemeinden und Gemeindeverbände sind wiederum Unterarten der Körperschaften. Hierzu im einzelnen: WOLFF, Lehrbuch, § 34; s. auch WOLFF, Die Rechtsgestalt der Universität, S. 15.

2) Hier werden insbesondere Leistungen aus gesetzlichen oder privaten Schadens- und Unfallversicherungen in Betracht kommen.

Ausnahme: Lebensversicherungsverträge; denn Ziel und Zweck einer Lebensversicherung ist i. d. R. keine Schadensdeckung, sondern eine Kapital- oder Rentenvorsorge (Urt. d. RG v. 31.5.1943 = RGZ 171, 198 (200); DREES in ERMAN, zu § 839 BGB, Anm. 5, c, cc; KAYSER-LEISS, S. 76).

3) Unter "Ersatz" i. S. v. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht nur die auf Gesetz oder Vertrag beruhende, sondern auch jede tatsächliche Möglichkeit zu verstehen, den Schaden von anderer Seite ersetzt zu bekommen (KAYSER-LEISS, S. 76 mit weiteren Nachweisen).

seines Schadens zu erhalten vermag. Der Geschädigte muß das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit beweisen¹⁾, wobei sich der Beweis auch darauf erstreckt, daß er eine früher vorhanden gewesene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt hat²⁾. Ist dagegen der Rechtsanspruch auf die §§ 823 Abs.1, 89, 31 BGB zu stützen, so hat der Verkehrssicherungspflichtige keine Verweisungsmöglichkeit auf einen anderweitigen Ersatz. Wenn also - wie das häufig der Fall sein wird - die infolge der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht entstandenen Schäden durch Ansprüche gegen eine Versicherungsgesellschaft gedeckt sind, haften nicht die Versicherungen, sondern die verkehrssicherungspflichtigen Länder, Landschaftsverbände, Landkreise oder Gemeinden. Da diesen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts zudem von der Rechtsprechung der Entlastungsbeweis des § 831 Abs.1 Satz 2 BGB abgeschnitten wird³⁾, bedeutet die privatrechtliche Haftungs-

- 1) Das Nichtbestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit ist eine zur Klagebegründung gehörende Anspruchsvoraussetzung und deshalb vom Geschädigten zu beweisen: Urt.d.RG v.15.11.1932 = RGZ 138,209 (212) = JW 1933, 846; v.8.11.1938 = JW 1939,240; v.27.9.1940 = RGZ 165, 91 (105); GRAMM in PALANDT, zu § 839 BGB, Anm.11 b.
- 2) Urt.d.BGH v.23.5.1960 = VersR 1960,663; DREES in ERMAN, zu § 839 BGB, Anm.5 a.
- 3) Die Verkehrssicherung auf öffentlichen Straßen und Wegen wahrzunehmen, ist Sache der verfassungsmäßigen Vertreter, für deren Verhalten die Juristische Person des öffentlichen Rechts schlechthin, d.h. ohne die in § 831 BGB vorgesehene Entlastungsmöglichkeit, haftet; nötigenfalls ist hierfür ein besonderer Vertreter nach § 30 BGB zu bestellen: Urt.d.RG v.27.11.1916 = RGZ 89, 136 (138) = JW 1917,155; v.12.10.1938 = JW 1938,3163; Urt.d.OLG Hamm v.19.11.1948 = DVBL.1948/49, S.299; Urt.d.OLG Hamburg v.2.12.1952 in MDR 1953,167; FRIEBE in Verw-Arch. Bd.47, S.77 (83); GRAMM in PALANDT, zu § 823 BGB, Anm.8; ENNECCERUS-LEHMANN, S.948; RGRK, zu § 823 BGB, Anm.52; MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.8; DANCKELMANN in NJW 1951, 905; KREBSBACH in Der Städte-tag 1955, 169 (170); DÜNNBIER in bayVwBl. 1957, 117 (118).

grundlage für sie eine wesentliche Schlechterstellung gegenüber einer Inanspruchnahme aus § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG.

Die aufgeworfene Streitfrage ist somit nicht nur von rechtsdogmatischem Interesse, sondern auch von erheblicher praktischer Bedeutung.

Erster Teil

Begriff, Rechtsgrund und Rechtscharakter der Verkehrs- sicherungspflicht sowie ihre rechtlichen Beziehungen zur Straßenunterhaltungspflicht

Will man sich mit der Streitfrage auseinandersetzen, so hat sich die kritische Betrachtung zunächst mit dem Begriff, dem Rechtsgrund und dem rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht zu befassen.

I. Kapitel

Der Begriff der Verkehrssicherungspflicht

§ 2 Die Verkehrssicherungspflicht als Sammelbezeichnung für eine Vielzahl von Rechtspflichten

Unter der Verkehrssicherungspflicht ist dem Wortlaute gemäß die Pflicht zur Sicherung des Verkehrs zu verstehen. Wenn man schlechthin das Wort "Verkehr" gebraucht, denkt man dabei an Lebensvorgänge, die sich auf öffentlichen Straßen und Wegen abspielen und der Vorwärtsbewegung von Personen und Sachen auf natürlichem oder mechanischem Wege dienen. Der Teilnehmer am öffentlichen Straßenverkehr hat dabei die Pflicht (§ 1 StVO), Rücksicht auf die Sicherheit der anderen Verkehrsteilnehmer zu nehmen. Damit ist jedoch der Kreis der dem einzelnen obliegenden Verkehrssicherungspflichten noch keineswegs erschöpft. Nicht nur der sich am Verkehr aktiv Beteiligende, sondern auch derjenige, der mit seinen Sachen oder durch seine Handlungen mit dem sich abwickelnden Verkehr in Berührung kommt, hat die Pflicht, für die Abwendung der sich aus

seinen Sachen oder aus seiner Betätigung ergebenden Gefahren Sorge zu tragen¹⁾, wie auch schon die Verkehrssicherungspflicht durch das Wort "Sicherung" besagt, daß über das eigene Verhalten im Verkehr hinaus der einzelne verpflichtet sein soll, den Verkehr im allgemeinen, also auch den Verkehr anderer Personen, zu sichern²⁾. So vielfgestaltig die Formen des menschlichen Zusammenlebens sich vollziehen, so zahlreich und verschiedenartig sind auch die Pflichten, die dem einzelnen zur Gewährleistung eines gedeihlichen Zusammenlebens auferlegt werden.

Dem Wortsinne nach stellt sich die Verkehrssicherungspflicht somit als eine Sammelbezeichnung für eine Vielzahl von Rechtspflichten dar, deren Erfüllung die Rechtsordnung von einem jeden in Beziehung zu einer Gemeinschaft stehenden Menschen verlangt³⁾. Im juristisch-technischen Sinne muß der Begriff der Verkehrssicherungspflicht jedoch enger gefaßt werden. Danach ist unter der Verkehrssicherungspflicht nur der Pflichtenkreis zu verstehen, der sich auf die Abwendung von Gefahren bezieht, die jemand durch sein Verhalten oder durch seine Sachen für andere Verkehrsteilnehmer schafft, ohne daß er selbst aktiv am Verkehr teilnimmt. Mit der Verkehrssicherungspflicht in diesem engeren Sinne hat sich die aufgeworfene Streitfrage zu beschäftigen.

1) SUHLE, S.6.

2) WUSSOW, S.71; PLANCK, zu § 823 BGB, Anm.B II 2 b (S.1726).

3) SUHLE, S.6;
H. JELLINEK bezeichnet die Verkehrssicherungspflicht als ein "massenförmiges Rechtsverhältnis" (Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S.575); vgl. auch SPANNER, S.18.

§ 3 Die Bedeutung des Bestandteils "Pflicht" im Worte Verkehrssicherungspflicht

Wie im Vertragsrecht der eine Vertragspartner von dem anderen die Erfüllung der eingegangenen Vertragspflicht (z.B. die Zahlung des Kaufpreises) verlangen und notfalls gerichtlich durchsetzen kann, läßt die Verkehrssicherungspflicht durch ihren Wortbestandteil "Pflicht" prima facie den Schluß zu, daß der einzelne von dem Verkehrssicherungspflichtigen die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht erzwingen kann. So hat das Landgericht Bückeburg¹⁾ den Standpunkt vertreten, daß derjenige, dem bei Benutzung eines Weges Gefahr droht, nicht zu warten braucht, bis durch diese Gefahr ihm ein Schaden entstanden ist, sondern bereits vorher (mit der beseitigenden Unterlassungsklage) gerichtlich vorgehen kann.

Dem steht jedoch die nahezu einhellige Ansicht in Lehre²⁾ und Rechtsprechung³⁾ gegenüber, wonach die Verkehrssicherungspflicht zwar eine positive Pflicht zum Handeln beinhaltet, jedoch von Einzelpersonen nicht verlangt und gerichtlich erzwungen werden kann. Die Verkehrssicherungspflicht bezieht sich auf die Abwehr von Gefahren, die den Wegebenutzern drohen. Sie kann nicht dahin verstanden werden, daß den Wegebenutzern ein klagbarer Anspruch auf ihre Erfüllung⁴⁾ zusteht. Eine Gemeinde ist

-
- 1) Urt.v.8.12.1955 in NJW 1956, 1363; ebenso Urt.d.LG München v.22.11.1956 - 9 Q 26/56 -, das allerdings durch Urt.d.Gerichtshofes f. Kompetenzkonflikte beim BayObLG v.17.12.1957 (in NJW 1959, 1195) aufgehoben worden ist.
 - 2) GERDES, S.15; TREUHERZ, S.39; NEDDEN in NJW 1956, 1014 (1015) und 1835; GROEBE in DVBl 1959, 48 (54); GROEBE in Der Bayr. Bürgermstr. 1959, 106 (107); WOLFF, Lehrbuch, § 57 II a 3; FORSTHOFF, Lehrbuch, S.351.
 - 3) Urt.d.preuss.OVG v.13.12.1872 = prOVG 3, 186; Urt.d. VGH Kassel v.7.7.1950 in DöV 1950, 654.
 - 4) so FORSTHOFF, Lehrbuch, S.351.

beispielsweise einer Privatperson gegenüber nicht dazu verpflichtet, die schadhafte Treppe in ihrem Rathaus ausbessern zu lassen; aber kommt jemand deswegen zu Schaden, so ist sie ersatzpflichtig.

Gleichwohl muß die Pflicht zur Verkehrssicherung entgegen der Auffassung von GROEBE¹⁾ als echte Rechtspflicht bezeichnet werden. Eine Pflicht im Rechtssinne, mag sie öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter tragen, liegt nämlich auch dann vor, wenn derjenige, dem gegenüber die Pflicht besteht, keinen Anspruch auf ihre Erfüllung hat und diese nicht erzwingen kann; denn es ist rechtsdogmatisch gesehen durchaus möglich, daß eine bestimmte Person im Interesse einer anderen Person verpflichtet ist, diese andere aber deren entsprechendes Verhalten nicht verlangen kann, die Verpflichtung also intransitiv ist²⁾. Das ist der Fall der "Destination"³⁾, worunter auch die Verkehrssicherung der Straßen und sonstigen Verkehrswege fällt⁴⁾. Weil bei der Destination eine Person verpflichtet ist, vermag die Verletzung dieser Verpflichtung auch Schadensersatzansprüche zu begründen. Die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht kommt den Wegebenutzern somit als "Reflexrecht" zugute⁵⁾.

-
- 1) Wenn GROEBE (in Der Bayr.Bürgermeistr. 1959,107) die Verkehrssicherungspflicht nur als eine "gedachte Pflicht" bezeichnet, so kann dem nicht gefolgt werden.
 - 2) WOLFF in Festschr. z. Feier d. 25-jähr. Bestehens d. Westf.Verw.Akademie in Münster, S.119 (125).
 - 3) Zum Begriff: WOLFF, Lehrbuch, § 43 III b. Die Destination gewährt also keinen materiell-rechtlichen Leistungs- oder Unterlassungsanspruch, wohl aber einen formell-rechtlichen Abwendungsanspruch (WOLFF, a.a.O.).
 - 4) WOLFF in Festschr.z.Feier d. 25-jähr.Bestehens d. Westf.Verw.Akademie in Münster, S.119 (126).
 - 5) Vgl. von MANGOLDT-KLEIN, zu Art.34 GG, Anm.III,3,a.

II. Kapitel

Die rechtlichen Grundlagen der Verkehrssicherungspflicht

§ 4 Die Verkehrssicherungspflicht als Rechtspflicht zum Handeln im System der Rechtsordnung

Nach unserer heutigen Rechtsordnung ist eine positive Handlung, die einen Dritten schädigt, stets ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre und daher rechtswidrig, es sei denn, daß der Eingriff ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Die meisten Rechtsgutverletzungen ergeben sich aber nicht aus einem positiven Tun, sondern aus einem Unterlassen. Da bei Unterlassungen allein mittels der Kausalität eine rechtserhebliche Auswahl unter ihnen nicht getroffen werden kann, sind sie rechtlich unbedeutend, solange der Unterlassende nicht gegen eine Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung verstößt¹⁾. Durch den tatbestandsmäßigen Verletzungserfolg wird eben nicht - wie das bei den positiven Eingriffen der Fall ist - der Unrechtsgehalt des Unterlassens indiziert. Wer den Verletzungserfolg kausal im Sinne der Adäquanztheorie herbeiführt, aber nicht objektiv gegen eine Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung verstößt, ist nicht nur entschuldigt, sondern handelt überhaupt nicht tatbestandsmäßig. Will man also aus dem Unterlassen einer Handlung einen deliktischen Schadensersatzanspruch herleiten, muß man konkrete Rechtspflichten zum Handeln aufstellen²⁾.

Solche Begründungen von Rechtspflichten zum Handeln sind wegen des nirgends abschließend geregelten Katalogs

1) unstreitig; statt vieler: ESSER, Lehrbuch, S.867; Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (384).

2) unstreitig; so z.B. SUHLE, S.14; TREUHERZ, S.5; H.JELLINEK in Gedächtnisschrift für W.JELLINEK, S.577.

von Handlungspflichten auch durchaus unserer Rechtsordnung gemäß¹⁾. Auch da, wo spezielle Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs.2 BGB nicht bestehen, kann sich aus der durch die Rechtsordnung gebotenen Rücksichtnahme auf die Interessen anderer eine Handlungspflicht ergeben, der die Bedeutung einer gesetzlichen Zwangspflicht zukommt²⁾. In all den Fällen einer Gefahrenbegründung nämlich, bei denen formelle Haftpflichtbestimmungen fehlen, kann eine deliktische Haftung für ein tatbestandsmäßiges positives Tun mangels dessen Rechtswidrigkeit nicht in Betracht kommen. Einen rechtspolitisch etwa wünschenswerten, aber gesetzlich nicht normierten Schadensausgleich kann die Rechtspraxis deshalb nur dann herbeiführen, wenn sie den Schadensausgleich an ein dem Handeln nachfolgendes Unterlassen durch die Aufstellung von Handlungspflichten knüpft. Allerdings müssen die Handlungspflichten an der charakteristischen Deliktsgrundlage festhalten, nämlich an dem Pflichtenmaßstab des im Verkehr Erforderlichen³⁾. Werden dagegen die Handlungspflichten derart übersteigert, daß sie praktisch absoluten Einstandspflichten gleichkommen, sind sie rechtsdogmatisch nicht zu halten. Bei der Aufstellung von Handlungspflichten darf der Boden des Deliktsrechts nicht verlassen und dürfen dadurch illegale neue Gefährdungstatbestände nicht geschaffen werden⁴⁾.

Als eine solche Handlungspflicht ist auch die Verkehrssicherungspflicht anzusehen.

1) ESSER, Lehrbuch, S.868.

2) So schon das erste einschlägige Urt.d.RG zur Verkehrssicherungspflicht v.23.2.1903 = RGZ 54,53 (58), das an ein Urt.d.Oberappellationsgerichts Lübeck v.18.2.1871 (= Seuff.Arch. Bd.25, Nr.128) anknüpft.
Vgl. auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. zum Allgem. Teil, VI, 2.

3) ESSER, Lehrbuch, S.868.

4) Hierzu ausführlich: ESSER in JZ 1953, 129; ESSER, Lehrbuch, S.868.

§ 5 Der Rechtsgrund der Pflicht zur Verkehrssicherung

Die Verkehrssicherungspflicht als Handlungspflicht bedarf wie jede andere Rechtspflicht einer rechtlichen Begründung. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage hierfür ist weder im BGB noch in einem anderen Gesetz enthalten. Auch aus dem Gemeinen Recht ist ein solcher Grundsatz nicht abzuleiten. Dort galt vielmehr das Gegenteil, da der römisch-rechtliche Grundsatz: "Qui jure suo utitur, neminem laedit!" Anwendung fand¹⁾. Die römische Rechtsordnung hat in dem Eigentum ein umfassendes Herrschaftsrecht gesehen und deshalb von einer Beschränkung des Einwirkungsbeliebens des Eigentümers auf sein Eigentum abgesehen. Lediglich aus Gründen des Nachbarrechts machte sie Ausnahmen und gewährte beispielsweise bei einem drohenden Gebäudeeinsturz dem Nachbarn des Grundstückseigentümers die "cautio damni infecti"²⁾. Wenn danach der Grundstückseigentümer dem Nachbarn weder die "Kautio" gab, für einen möglicherweise eintretenden Schaden aufzukommen, noch freiwillig sein Eigentum aufgab, wurde der Nachbar in den Besitz des Grundstücks eingewiesen mit der Befugnis, selbst den gefährlichen Zustand auf Kosten des Eigentümers zu beseitigen und sich in dem Besitze solange zu behaupten, bis der Eigentümer ihm die aufgewandten Kosten erstattete. Diese "missio in possessionem ex primo decreto"³⁾ geschah un-

1) Vgl. hierzu: DELIUS in DJZ 1914, 206; SUHLE, S.16; TREUHERZ, S.3.

2) D. 39, 2, 7 pr; hierzu WINDSCHEID, S.768; KASER, S.345.

3) von GLÜCK, Komm. z. d. Pandekten, 39. Buch, 2. Titel, § 1676 (S.40).

Wenn der Eigentümer sich nach einer gewissen Zeit nicht für die Leistung einer "Kautio" entschieden hatte, wurde er so gestellt, als ob er sein Eigentum aufgegeben hätte. Es erfolgte dann die "missio ex secundo decreto", wodurch der "missus" das Eigentum an dem baufälligen Gebäude erlangte (S.41).

ter Aufrechterhaltung des Grundsatzes, nach dem der Eigentümer mit seiner Sache "machen kann, was er will"; denn eine Klage auf Reparatur des baufälligen Hauses oder eine Klage auf Schadensersatz, wenn der drohende Schaden wirklich eingetreten war, wurde dem Nachbarn nicht zugestanden¹⁾. Aus dem früheren Rechtsdenken kann die Verkehrssicherungspflicht somit nicht hergeleitet werden.

Das RG hat zunächst den Standpunkt vertreten, daß im Eigentum und in der damit verbundenen Verfügungsgewalt der Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht zu suchen sei. So mißt das RG in seiner grundlegenden Entscheidung zur Verkehrssicherungspflicht²⁾ dem Eigentum für die Haftung aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht die Bedeutung bei, "daß es eine Verfügungsmacht über eine Sache gewährt, vermöge deren der Inhaber mit dem Rechtskreis anderer in Berührung kommt und deren Ausübung ihm die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen auferlegen kann". Hier wird also auf die Ausübung der Verfügungsmacht, die das Eigentum grundsätzlich gewährt (§ 903 BGB), abgestellt, und nicht etwa auf das bloße Innehaben des Eigentums. Es ist aber denkbar, und namentlich trifft das für öffentliche Straßen im Privateigentum zu, daß der Eigentümer noch nicht einmal berechtigt ist, über seine Sache zu verfügen oder sie nach seinem Belieben zu benutzen. In Fällen dieser Art, in denen die privatrechtliche Herrschaftsmacht des Eigentümers ihre Grenze in der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung der Sache findet³⁾,

1) von GLÜCK, a.a.O. (S.36).

2) Urt.v.23.2.1903 = RGZ 54,53 (56); so auch Urt.v. 13.7.1928 = RGZ 121, 404 (407).

3) Hierzu: WOLFF, Lehrbuch, § 57 I b.

kann der Eigentümer auch nicht zu einer Sicherungsmaßnahme verpflichtet werden. Verpflichten kann die Rechtsordnung nur den, der auch rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, die Verpflichtung zu erfüllen¹⁾. Das braucht nicht notwendigerweise der Eigentümer zu sein. Heute herrscht daher in Lehre²⁾ und Rechtsprechung³⁾ Übereinstimmung darüber, daß aus dem Eigentum als solchem die Verkehrssicherungspflicht nicht abgeleitet werden kann. Der Eigentümer wird zwar regelmäßig auch der Verkehrssicherungspflichtige sein; damit braucht der Rechtsgrund dieser Pflicht aber noch nicht im Eigentum begründet zu liegen.

So hat auch das RG⁴⁾ seinen Standpunkt später aufgegeben und den Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht in der Tatsache der Verkehrseröffnung erblickt. Daraus hat die Rechtsprechung dann im Laufe der Zeit den Rechtsatz entwickelt, daß derjenige, der im Verkehr eine Ge-

-
- 1) DELIUS in DJZ 1914, Sp. 207;
Urt.d.preuss.OVG v.23.11.1889 = prOVG 18,411 (415);
Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9,373 (383/384).
 - 2) SPANNER, S.17; TREUHERZ, S.4; LINTALER, S.4; GERMERSHAUSEN-SEYDEL, S.153 u. 305; PUST, S.88; ARNDT in DAR 1956, 285 (286).
A.A.: FRISIUS in NJW 1953,886 (887), der auch heute noch den "ursprünglichen" Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht im Eigentum sieht.
 - 3) Urt.d.preuss.OVG v.23.11.1889 = prOVG 18,411 (415);
Urt.d.OLG Celle v.1.11.1951 = VRS 4,1; Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (384) = NJW 1953, 1297; Urt.d.LG Hildesheim v.11.3.1954 = VRS 6,321; Urt.d.BGH v.15.6.1954 = VRS 7,84 = BGHZ 14, 83.
 - 4) Urt.v.6.1.1939 = RGZ 159, 283 (290); v.19.1.1940 = RGZ 162, 364 (367), wo ausgeführt ist, daß die Verkehrssicherungspflicht "jedem obliegt, der auf ihm gehörigen oder seiner Verfügung unterstehenden Grundstücken einen Verkehr für Menschen eröffnet oder zugelassen hat". So auch schon Urt.v.28.2.1923 = RGZ 106, 340 (342).

fahrenquelle schafft oder unterhält, verpflichtet ist, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Kommt der Verkehrssicherungspflichtige dieser Pflicht nicht nach, so hat er den Schaden zu ersetzen, den ein anderer dadurch an seinen nach § 823 Abs.1 BGB geschützten Rechtsgütern erleidet¹⁾. Dieser Rechtsauffassung ist im vollen Umfange zuzustimmen. Nicht das Eigentum an einer Sache, sondern allein die Handlung, die diese Sache Dritten zugänglich macht oder es ermöglicht, daß Dritte in den Gefahrenbereich gelangen, begründet die Verkehrssicherungspflicht. Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht ist also ein Tun, nämlich die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle²⁾, verbunden mit einer rechtlichen und tatsächlichen Verfügungsgewalt, die den Verkehrssicherungspflichtigen befähigt, die für die Sicherung des Verkehrs erforderlichen Maßnahmen durchzuführen³⁾. Die Pflichtbegründung durch ein vorangegangenes gefährdendes Tun ist im Strafrecht seit langer Zeit

1) STOLL in AcP Bd.135, S.119 (121); DREES in ERMANN, zu § 823 BGB, Anm.8 d; GRAMM in PALANDT, zu § 823 BGB, Anm.8 a; LARENZ, Lehrbuch, S.342.

2) BRUCKNER in Das Recht 1905, 353 (354); JOSEF in GruchArch. Bd.52 (1908), S.525 (528); ASSMANN, S.20; DELIUS in DJZ 1914, Sp.206; HECKHAUSEN, S.5; SANDER, S.22; SOERGEL, zu § 823 BGB, Anm.26; STAUDINGER, zu § 823 BGB, Anm.II,c.1; GRAMM in PALANDT, zu § 823 BGB, Anm.8 a; RGRK, zu § 823 BGB, Anm.49; ENNECCERUS-LEHMANN, S.946; FLOEGEL-HARTUNG, zu § 3 StVO, Anm.11 b; BARMANN in Z.f.Verkehrssicherheit 1952/53, S.497 (499); KRAFT in DöV 1954, 518 (519); KOELLREUTER, S.71; GIESE, S.71; KETTERER-FRIEDRICH, S.2; CLASEN in DöV 1959, 281 (283). Die Verkehrseröffnung ist ein Sonderfall der Schaffung einer Gefahrenlage (WUSSOW, S.72). ESSER (Lehrbuch, S.868) hält es angesichts der Verschiedenartigkeit der Verkehrssicherungspflichten für unzweckmäßig, alle aus einem einheitlichen Prinzip abzuleiten, etwa aus vorausgegangenem gefährdenden Tun. Dem kann nicht zugestimmt werden!

3) WUSSOW, S.71.

anerkannt¹⁾; für die anderen Rechtsgebiete kann nichts anderes gelten. Die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle ist Realakt; die Tatsache allein begründet die Verpflichtung, für die Sicherheit des Verkehrs zu sorgen, ohne daß es auf die Bereitwilligkeit zur Übernahme der Verpflichtung ankommt²⁾. Auch besteht die Verkehrssicherungspflicht unabhängig von der Entrichtung eines Benutzungsentgelts³⁾.

Der BGH sieht in seiner ausführlichen Entscheidung zur Verkehrssicherungspflicht⁴⁾ allein in dem Tatbestand, "daß nach der konkreten Lage der Verhältnisse von der Sache eine besondere Gefahr für Dritte ausgeht", also - wie der BGH es formuliert - in der "objektiven Gefahrenlage" den Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht. Dieser Rechtsstandpunkt vermag nicht zu überzeugen und ist auch dogmatisch nicht haltbar; denn die von einer Sache ausgehende Gefahr als solche kann für sich allein betrachtet niemals Rechtsgrund einer Rechtspflicht zum Handeln sein, kann somit die Verkehrssicherungspflicht nicht begründen. Vielmehr muß die von einer Sache ausgehende Gefahr einem Pflichtsubjekt⁵⁾ irgendwie zugerechnet werden können, damit sich mit der Zurechnung gleichzeitig Rechtspflichten zum Handeln statuieren lassen. Das geschieht in der Regel durch Gesetz oder durch

1) Urt.d.RG v.16.6.1930 = RGSt 64, 273 (277); Urt.d.OGH v.20.3.1950 = OGHSt 3, 1 (3); Urt.d.BGH v.22.1.1953 = BGHSt 4, 20 (22);
SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. zum Allgem. Teil, VI.

2) TREUHERZ, S.4; HECKHAUSEN, S.28.

3) DELIUS in DJZ 1914, Sp.207; HECKHAUSEN, S.6.
In dem Urt.d.Oberappellationsgerichts Lübeck v.18.2.1871 (= Seuff.Arch. Bd.25, Nr.128) wurde der Entrichtung einer Gebühr für die Verkehrssicherungspflicht Bedeutung beigemessen!

4) Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (386/387).

5) Zum Begriff: WOLFF, Lehrbuch, § 32 I.

vertragliche Beziehungen, kann aber auch - wie hier - durch ein vorangegangenes Tun des Pflichtsubjekts erfolgen. Das bloße Vorhandensein einer objektiven Gefahrenlage ist also für sich allein betrachtet nicht zu rechnenbar in dem Sinne, daß sich eine **R e c h t s - p f l i c h t z u m H a n d e l n** in der Person eines Pflichtsubjekts begründen läßt. Das aber darf nicht übersehen werden! Rechtsgrund der Pflicht zur Verkehrssicherung ist ein vorangegangenes Tun; die "objektive Gefahrenlage" ist erst eine Folge dieses Tuns. Dem BGH kann nur insoweit zugestimmt werden, als er in seiner Entscheidung zum Ausdruck bringt, daß die Verkehrssicherungspflicht nicht aus dem Eigentum resultiert, sondern aus einem "davon rechtlich unabhängigen Tatbestand". Dieser Tatbestand ist aber nicht die "objektive Gefahrenlage" als solche, sondern die **S c h a f f u n g** oder **U n t e r h a l t u n g** einer objektiven Gefahrenlage, regelmäßig die Verkehrseröffnung¹⁾.

§ 6 Die Voraussetzungen der Verkehrseröffnung

Ist Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht in den meisten Fällen die Eröffnung eines Verkehrs, so muß auch darauf eingegangen werden, wann ein Verkehr als eröffnet anzusehen ist.

Die Eröffnung eines Verkehrs setzt grundsätzlich einen

1) So gibt auch der BGH im Urt.v.14.1.1954 (= BGHZ 12, 95) seinen Standpunkt auf, indem auch er den Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht darin sieht, "daß eine objektive Gefahrenlage geschaffen worden ist".

Ebenso Urt.d.BGH v.15.6.1954 = BGHZ 14,83 (85); Urt.v.30.12.1954 = BGHZ 16,95 (96); Urt.v.4.6.1956 = BGHZ 21,48 (50).

Dagegen hat nach dem Urt.d.BGH v.19.5.1958 (= BGHZ 27,281) die Verkehrssicherungspflicht ihren Rechtsgrund "in der Zulassung des öffentlichen Verkehrs auf einem Wege und in der Gefahrenlage, die mit der Benutzung dieses Weges entsteht".

Willensakt des Verfügungsberechtigten voraus, vermöge dessen der Grund und Boden für den Verkehrszweck freigegeben und bestimmt wird¹⁾. Dabei kann die Erklärung der Verkehrseröffnung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen²⁾. Ein Verkehr ist demnach dann eröffnet, wenn das Grundstück für den Verkehr freigegeben ist mit dem Bewußtsein und Willen, daß sich hier ein Verkehr entwickelt. Die bloße Duldung eines Verkehrs hingegen begründet noch keine Verkehrssicherungspflicht³⁾. Sie wird beispielsweise dann anzunehmen sein, wenn ein Grundstückseigentümer seinem Nachbarn aus Freundschaft gestattet, über sein Grundstück zu gehen. Allerdings kann beim Obwalten eines anerkannten Verkehrsbedürfnisses in einem fortgesetzten Dulden wiederum die stillschweigende Erklärung zur Verkehrseröffnung erblickt werden⁴⁾.

Aber auch ohne den Willen zur Verkehrseröffnung zu haben, kann jemandem ausnahmsweise kraft gesetzten Rechtscheins die Pflicht zur Verkehrssicherung obliegen. So wird jemand als Verkehrseröffner selbst gegen seinen Willen behandelt, wenn er durch das bloße Dulden in Verbindung mit seinem sonstigen Verhalten bei den Verkehrsteilnehmern den Eindruck erweckt, er habe sein Grundstück dem Verkehr eröffnet, und es sei infolgedessen mit Ver-

1) HECKHAUSEN, S.28; TREUHERZ, S.4; RGRK zu § 823 BGB, Anm.49; LINDE in RdL 1959, S.33.

2) LINTALER, S.2.

3) unstreitig, z.B. HECKHAUSEN, S.31; ESSER, Lehrbuch, S.869; erst recht nicht das unbefugte Betreten eines Grundstücks (vgl. Urt.d.Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone v. 27.5.1949 = OGHZ 2,65).

4) z.B. stillschweigendes Dulden des Parkens fremder Fahrzeuge im Hof (Urt.d.RG v.27.1.1930 = JW 1931, 3446); LINTALER, S.2; RGRK zu § 823 BGB, Anm.49.

kehrssicherheit zu rechnen¹⁾. Der in diesen Fällen zur Verkehrssicherung verpflichtende Schein der Verkehrseröffnung kann nur dadurch beseitigt werden, indem unzweideutig darauf hingewiesen wird, daß eine Verkehrseröffnung nicht erfolgt ist. Ein durch ein entsprechendes Schild erlassenes Verbot, das Grundstück zu betreten, genügt hierzu für sich allein nicht; vielmehr muß das Verbot auch durchgeführt werden²⁾.

Unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Voraussetzungen der Verkehrseröffnung bleibt demnach für die öffentlichen Straßen und Wege besonders festzustellen, daß die Verkehrssicherungspflicht nicht an den Akt der Widmung, sondern an die tatsächliche Indienststellung anknüpft. Es kann also sehr wohl der Fall eintreten³⁾, daß eine Straße dem öffentlichen Verkehr zwar gewidmet, aber niemand für diese Straße verkehrssicherungspflichtig ist, weil es noch an der tatsächlichen Indienststellung fehlt.

In der Verkehrseröffnung liegt gleichzeitig auch die notwendige Begrenzung der Verkehrssicherungspflicht.

-
- 1) So gilt nach der Rspr.d.RG z.B. als Verkehrseröffner, wer durch Herstellung gewisser Einrichtungen das Publikum geradezu veranlaßt hat, einen bestimmten Weg zu nehmen, ohne den Willen zur Verkehrseröffnung gehabt zu haben (Urt.d.RG v.8.1.1901 = Gruch.Arch. Bd.45,630) oder wer durch Beschüttung eines nicht verkehrseröffneten Grundstücks mit Schlacken nur dessen Benutzung erleichtert (Urt.d.RG v.24.2.1910 = Das Recht 1910, Nr.1566). Ebenso Urt.d.RG v.30.3.1908 in Warn.Rspr. 1908, Nr. 373 (S.279); v.16.12.1910 in Warn.Rspr. 1911, Nr. 117 (S.127).
- 2) Urt.d.RG v.15.6.1917 in Warn.Rspr. 1917, Nr.240 (S.376); PLANCK, zu § 823 BGB, Anm.B, II, 2 b (S.1726).
- 3) z.B. bei einer im Bau befindlichen Straße.

Ebenso wie sie mit der Verkehrseröffnung entsteht, so fällt sie fort, wenn die Verkehrseröffnung aufgehoben wird. Wird demnach ein Grundstück dem Verkehr erkennbar wieder entzogen¹⁾, so betreten es die Benutzer auf eigene Verantwortung.

§ 7 Das Verhältnis der aus einem vorangegangenen gefährdenden Tun abgeleiteten zu den auf Gesetz oder Vertrag beruhenden Verkehrssicherungspflichten

Es ist anerkannten Rechts, daß Rechtspflichten zum Handeln nicht nur aus einem vorangegangenen gefährdenden Tun, sondern auch aus gesetzlichen Vorschriften hergeleitet werden können. Die Tatsache, daß die allgemein bestehende Verkehrssicherungspflicht ihren *m a t e r i e l l e n* Rechtsgrund in einem vorangegangenen gefährdenden Tun, nämlich in der Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle hat, schließt nicht aus, daß sie in Einzelfällen auch kraft eines *f o r m e l l e n* Rechtsgrundes, also kraft Gesetzes, bestehen kann. So hat der Gesetzgeber zahlreiche gesetzliche Bestimmungen geschaffen, die ein Gebot oder Verbot zur Sicherung des Verkehrs aussprechen. Nach § 41 Abs.1 Satz 1 StVO ist es beispielsweise verboten, Gegenstände auf Straßen liegen zu lassen, wenn dadurch der Verkehr gefährdet oder die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt wird. § 366 Ziff.8 StGB bestraft denjenigen, der zu einer öffentlichen Straße hin oder sonst nach Orten hinaus, wo Menschen zu verkehren pflegen, Sachen, durch deren Umstürzen oder Herabfallen jemand verletzt werden kann, ohne gehörige Befestigung aufstellt oder aufhängt.

Diese und zahlreiche andere zur Sicherung des Verkehrs erlassenen Schutzvorschriften sind jedoch zur *B e -*

1) Bei öffentlichen Straßen und Wegen wird hierfür der Begriff "Einziehung" verwandt.

g r ü n d u n g von Verkehrssicherungspflichten nicht erforderlich; denn ihnen kommt grundsätzlich nur die Bedeutung zu, die schon aufgrund der geschaffenen Gefahrenquelle bestehenden Pflichten inhaltlich genau zu umschreiben und eine Bestrafung für den Fall der Pflichtverletzung anzudrohen¹⁾. Eine andere rechtliche Beurteilung ist auch dann nicht geboten, wenn kraft solcher Vorschriften die Verkehrssicherungspflicht auf einen anderen als den Verkehrseröffner abgewälzt wird. Hat beispielsweise eine Gemeinde den Verkehr auf ihren öffentlichen Gemeindestraßen eröffnet und gemäß § 5 prWegereinigungsg²⁾ durch Ortsstatut die Verpflichtung zur polizeimäßigen Reinigung³⁾ öffentlicher Wege den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke auferlegt, so wird auch in diesem Fall die Verkehrssicherungspflicht nicht neu begründet - sie besteht ja bereits aufgrund der Verkehrseröffnung -, sondern lediglich auf die angrenzenden Eigentümer übertragen.

Durch die gesetzlich verankerten Verkehrssicherungspflichten werden also die bereits aufgrund der Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle allgemein bestehenden Verkehrssicherungspflichten lediglich spezialisiert, teilweise gleichzeitig einem anderen als dem Verkehrseröffner auferlegt und regelmäßig Strafe für den Fall der Pflichtverletzung angedroht. Die aus einem vorangegangenen gefährdenden Tun abgeleitete Verkehrssicherungspflicht besteht neben und unabhängig von diesen gesetzlich - etwa durch Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs.2 BGB - näher

1) ebenso HECKHAUSEN, S.19.

2) v. 1.12.1912 (GS S.187).

3) Unter der polizeimäßigen Reinigung ist die über die verkehrsmäßige Reinigung hinausgehende, im prWegereinigungsg näher geregelte Reinigung zu verstehen (WOLFF, Lehrbuch, §.57 II a 1).

Vgl. auch HECHT-HELLICH, S.24.

Inhaltlich decken sich die allgemeine Verkehrssicherungspflicht und die Pflicht zur polizeimäßigen Reinigung, soweit diese auch der Verkehrssicherung dient (Urt.d.BGH v.19.5.1958 = BGHZ 27,281). Das ist bei der verkehrsmäßigen Reinigung der Fall.

umschriebenen Verkehrssicherungspflichten¹⁾.

Ebenso können sich aus vertraglichen Rechtsbeziehungen Verkehrssicherungspflichten ergeben. Die aus der bloßen Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle abgeleitete allgemein bestehende Verkehrssicherungspflicht erzeugt zwar selbst kein Vertragsverhältnis, und auf ihre Erfüllung kann nicht geklagt werden²⁾, trotzdem kann sie in Einzelfällen gleichzeitig auf vertraglicher Grundlage³⁾ beruhen. Die kraft vertraglicher Rechtsbeziehungen bestehende Verkehrssicherungspflicht ist Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, daß mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen und erst recht mit einem Vertragsschluß zwischen den Beteiligten ein Vertrauensverhältnis mit Verkehrssicherungspflichten entsteht, deren schuldhaftige Verletzung eine Schadensersatzpflicht aus culpa in contrahendo bzw. aus positiver Vertragsverletzung nach sich zieht⁴⁾. So hat beispielsweise ein Gastwirt die vertragliche Pflicht, für die Sicher-

1) DREES in ERMAN, zu § 823 BGB, Anm.8 d; GRAMM in PALANDT, zu § 823 BGB, Anm.8 a.

2) DELIUS in DJZ 1914, Sp.206; GERDES, S.38; GEIGEL, S.179.

3) Unstreitig bestehen "vertragliche" Verkehrssicherungspflichten, wenn ein Vertrag zustande kommt. Nach heutiger Rechtsauffassung genügt aber auch schon der bloße Eintritt in Vertragsverhandlungen (Fall der culpa in contrahendo). Zweifelhaft und bestritten ist, ob es überhaupt notwendig ist, daß bereits Vertragsverhandlungen stattgefunden haben. Praktisch geht es um die Anwendung des § 278 BGB! Hierzu ausführlich: IHERING in Iher.Jahrb.f.Dogmatik Bd.4 (1861), S.1 ff; DÖLLE in Ztschr.f.ges.Staatsw. Bd.103 (1943), S.67 ff (Begründung der "Lehre vom sozialen Kontakt"); BALLERSTEDT in AcP Bd.151 (1950/51), S.501 ff; NIRK in Ztschr.f.ausl. u. internat. PrivR Bd.18 (1953), S.310 ff; BLOMEYER, S.80; LARENZ in MDR 1954, 515. Vgl. auch Urt.d.BGH v.20.6.1952 = BGHZ 6,330 (333).

4) Vgl. GROEPPER in ERMAN, zu § 276 BGB, Anm.7 b und 8.

heit seiner Gäste in seinen Räumen Sorge zu tragen. Der Bundesbahn obliegt aufgrund des Beförderungsvertrages die Verpflichtung, die Reisezüge und die zum Aufenthalt der Reisenden dienenden Wartesäle und Bahnsteige in verkehrssicherem Zustande zu erhalten. Mit dem Erwerb einer Theaterkarte entsteht ein Vertragsverhältnis, aufgrund dessen der Veranstalter nicht nur die in Aussicht gestellte Vorstellung, sondern auch während derselben den gefahrlosen Aufenthalt in den Theaterräumen zu gewähren hat.

Soweit also der Verkehrssicherungspflichtige mit einem anderen in vertraglichen Rechtsbeziehungen steht, tritt neben die allgemeine die vertragliche Verkehrssicherungspflicht¹⁾. Die aufgrund der Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle allgemein bestehende Verkehrssicherungspflicht kann nicht dadurch beseitigt werden, daß es vertragliche Rechtsbeziehungen waren, die erst die Möglichkeit der rechtswidrigen Einwirkung auf den Rechtskreis eines anderen geschaffen haben²⁾. Die auf vertraglichen Rechtsbeziehungen beruhende Verkehrssicherungspflicht individualisiert und verstärkt die sich schon aus der bloßen Schaffung oder Unterhaltung einer

1) Hierzu ausführlich HECKHAUSEN, S.20; ebenso GOLDSCHEIDER in Gruch.Arch. Bd.60, S.369 (382); DANCKELMANN in NJW 1951, 905; Urt.d.RG v.9.12.1921 = RGZ 103,263 mit weiteren Nachweisen. A.A. SUHLE, S.37. Vgl. auch Urt.d.RG v.17.12.1909 in JW 1910, 112.

2) Urt.d.RG v.6.2.1917 = RGZ 89, 384 (385); SUHLE, S.28.

Gefahrenquelle ergebende; die allgemein einem jeden gegenüber bestehende Verkehrssicherungspflicht konkretisiert sich zu einer Verkehrssicherungspflicht einem Bestimmten gegenüber, beseitigt erstere aber nicht. Es besteht deshalb Pflichtenkonkurrenz¹⁾, d.h. der Verkehrssicherungspflichtige ist aus zwei Gesichtspunkten heraus verpflichtet, aus einem gesetzlichen und aus einem vertraglichen Schuldverhältnis.

- 1) Pflichtenkonkurrenz führt haftungsrechtlich zur Anspruchskonkurrenz, d.h. der Geschädigte kann seinen Schadensersatzanspruch auf deliktische und auf vertragliche Grundlage stützen. Die vertragliche Haftung bietet ihm den Vorteil der Umkehr der Beweislast; denn nach § 282 BGB hat im Falle der Verletzung einer vertraglich geschuldeten Leistung der Schuldner (hier: der Verkehrssicherungspflichtige) zu beweisen, daß die Verkehrssicherung infolge eines Umstandes unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat. Bei der deliktischen Haftung muß dagegen der Geschädigte nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast dem Verkehrssicherungspflichtigen regelmäßig das Verschulden nachweisen (DREES in ERMAN, vor § 823 BGB, Anm.8 b). Allerdings erleichtert die Rechtsprechung dem Geschädigten die Beweisführung durch Zulassung des sog. prima-facie-Beweises. Andererseits aber reicht der Deliktsschutz weiter. So wird Schmerzensgeld (§ 847 BGB) nur dann zugebilligt und sind unterhaltsberechtignte Angehörige nur dann geschützt (§ 844 BGB), wenn die Klage auf deliktische Grundlage gestützt werden kann (DREES in ERMAN, zu § 844 BGB, Anm.1 d; zu § 847 BGB, Anm.1 a).

III. Kapitel

Der rechtliche Charakter¹⁾ der Verkehrssicherungspflicht

§ 8 Die Allgemeingültigkeit des Rechtssatzes von der Verkehrssicherungspflicht

Die Ausführungen zur dogmatischen Begründung der Verkehrssicherungspflicht ergaben, daß die Rechtsprechung unabhängig von den durch Gesetz näher umschriebenen oder vertraglichen Verkehrssicherungspflichten in jahrzehntelanger Praxis den Rechtssatz entwickelt hat, daß die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle die Verpflichtung begründet, für die Verkehrssicherheit Sorge zu tragen. Jeder, der eine Gefahr für den allgemeinen Verkehr setzt, hat alles zu tun, was ihm nach den Umständen zugemutet werden kann, um die Gefahr abzuwenden. Das gilt für den Verkehr auf öffentlichen Straßen und Plätzen ebenso wie für den privaten Verkehr in Wohnhäusern, Gastwirtschaften oder sonst auf privaten Grundstücken²⁾.

Der Satz von der Verkehrssicherungspflicht kann deshalb als a l l g e m e i n g ü l t i g e r u n g e -
s c h r i e b e n e r R e c h t s s a t z unserer geltenden Rechtsordnung bezeichnet werden³⁾ und läßt

-
- 1) In Lehre und Rspr. wird meistens der Ausdruck "Rechtsnatur" verwandt. Wie falsch diese Ausdrucksweise ist, wie dadurch das normative Wesen alles Rechtlichen, das gerade nicht naturhaft ist, verkannt wird, hat WOLFF in einer Anm.z.Urt.d.BGH v.26.3.1953 (in JZ 1953,552) aufgezeigt.
 - 2) statt vieler: DREES in ERMAN, zu § 823 BGB, Anm. 8 d, cc.
 - 3) HEYEN in NJW 1955, 329;
KACZMARZYK (S.181) mißt dem Rechtssatz von der Verkehrssicherungspflicht dieselbe umfassende Geltung zu wie dem Satz von Treu und Glauben und der "clausula rebus sic stantibus".

sich im Sinne der Unterscheidung von Hans J. WOLFF¹⁾ aus den besonderen Rechtsgrundsätzen²⁾ ableiten. Seiner Anwendung im privaten und im öffentlichen Recht stehen keinerlei Bedenken entgegen; denn dieser ungeschriebene Rechtssatz erstreckt sich eben nicht nur auf das private, sondern auch auf das öffentliche Recht. Er richtet sich an einen jeden, der eine Gefahrenquelle schafft, sei es nun eine Privatperson oder eine Juristische Person des öffentlichen Rechts.

Damit ist jedoch noch nichts über den rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht ausgesagt. Die Allgemeingültigkeit des Rechtssatzes von der Verkehrssicherungspflicht gibt keinen Hinweis dafür, welcher Rechtscharakter der Verkehrssicherungspflicht zukommt. Aus der bisher gewonnenen Erkenntnis, wonach materieller Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht - gleichgültig auf was sie sich bezieht und wem sie obliegt - die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle ist, könnte man lediglich vermuten, daß der Rechtscharakter dieser Pflicht deshalb auch ein einheitlicher³⁾, nicht aber, daß er etwa öffentlich-rechtlich sein müsse. Da das öffentliche Recht ein Sonderrecht, das Privatrecht aber das allgemeine, für alle Subjekte geltende ist, spricht vielmehr im Zweifelsfalle eine Vermutung für den privatrecht-

1) WOLFF (in Gedächtnisschrift für W.JELLINEK, S.40 und Lehrbuch, § 25 I) unterscheidet zwischen allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätzen. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind unmittelbar aus dem Rechtsprinzip ableitbar, besondere nur mittelbar, da sie besondere Lebensverhältnisse, zuweilen auch schon die Grundzüge der geltenden Rechtsordnung, als Zwischenglieder voraussetzen.

2) Als Rechtsgrundsätze (allgemeine oder besondere) können nur solche Grundsätze bezeichnet werden, die sich als ungeschriebene Rechtsquellen erweisen (WOLFF in Gedächtnisschrift für W.JELLINEK, S.42).

3) so z.B. WUSSOW, S.72.

lichen Charakter eines Rechtsverhältnisses¹⁾.

Will man den rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht ergründen, so muß man sich von der Sammelbezeichnung "Verkehrssicherungspflicht" lösen und die Verkehrssicherungspflicht objektbezogen sehen. Es stellt sich somit für die vorliegende Untersuchung die Frage nach dem rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen und Wegen.

§ 9 Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht

Die Frage nach dem rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen und Wegen ist gleichzeitig die Frage nach dem Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht. Diese Unterscheidung entstammt bereits dem klassischen römischen Recht²⁾, gehört aber zu den noch immer umstrittenen Grundproblemen der Rechtswissenschaft³⁾. An Versuchen, diesen Unterschied und das Wesen des öffentlichen Rechts über-

1) WOLFF in AöR Bd. 76, S. 205 (213); WOLFF, Lehrbuch, § 22 III b.

2) Auszugehen ist von der bekannten ULPIAN-Stelle (Dig. I, 1 § 2): Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Auf dieses Unterscheidungskriterium stützt sich die älteste, im 19. Jahrhundert herrschende, heute aber nur noch vereinzelt (z.B.v. von TUREGG, S. 36) vertretene Interessentheorie. Von ihren Hauptvertretern seien genannt: SAVIGNY, S. 21 ff; ENDEMANN, S. 29.

3) WOLFF, Lehrbuch, § 22 II; WOLFF in AöR Bd. 76, S. 205 (207).

haupt klar zu erfassen, hat es im Schrifttum¹⁾ und in der Rechtsprechung²⁾ zu keiner Zeit gefehlt. Demgemäß ist auch eine Vielzahl von Theorien³⁾ entwickelt und verfochten worden, die jedoch eine allseits befriedigende Lösung nicht gebracht haben und auf die hier im einzelnen einzugehen, den durch das Thema gestellten Rahmen sprengen würde.

Zunächst muß davon ausgegangen werden, daß ein Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht tatsächlich besteht und auch von der Rechtsordnung gemacht wird. So spricht der Gesetzgeber in Art.93 Abs.1 Ziff.4 GG und in § 40 Abs.1 Satz 1 VwGO ausdrücklich von "öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten"⁴⁾, in § 13 GVG von "bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten". Die diesen Unterschied leugnende von KELSEN⁵⁾ begründete monistische Theorie entspricht daher nicht dem geltenden Recht.

-
- 1) Aus dem Schrifttum seien genannt: WOELKER in Fischers Ztschr.f.Verwaltungsrecht, Bd.72 (1935), S.225; MOLLATOR, S.48 ff; WOLFF in AöR, Bd.76 (1950), S.205 ff; KÖTTGEN in AcP Bd.151 (1950/51) S.167 ff; BOEHMER, S.164 ff; W.SIEBERT in Festschr.f.NIEDERMEYER, S.215 ff; JENTSCH in DöV 1956, 299; FORSTHOFF, Lehrbuch, S.99 ff; CLASEN in DöV 1959, 281 (282); SIEBERT in DöV 1959, 733.
 - 2) statt vieler: Urt.d.RG v.27.7.1918 = RGZ 93,255 (258); Urt.d.BGH v.23.2.1956 = BGHZ 20, 102 mit Anm. v. WOLFF in JZ 1956, 488; Urt.d.BVerwG v.7.11.1957 = NJW 1958, 394.
 - 3) Eine kurze Übersicht über die hauptsächlichen Unterscheidungskriterien, verbunden mit einer kritischen Würdigung, gibt WOLFF in seinem Lehrbuch (§ 22 II a).
 - 4) Zum Begriff der "Streitigkeiten des öffentlichen Rechts": MENGER, S.217 ff.
 - 5) KELSEN in AöR Bd.31 (1913), S.53 ff; KELSEN, Allgemeine Staatslehre, S.80 ff.
Vgl. hierzu auch WOLFF in AöR Bd. 76, 205 (212).

Die heute herrschende Subjektions- oder Mehrwerttheorie¹⁾ will das Wesen des öffentlichen Rechts darin erblicken, daß bei einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis die Rechtssubjekte in einem Über- und Unterordnungsverhältnis (Subordinationsverhältnis) zueinander stehen, während sie im Privatrecht gleichgestellt (koordiniert) seien. So hat der BGH der ständigen Rechtsprechung des RG²⁾ folgend in einer viel zitierten Entscheidung³⁾ ausgeführt, daß ein Rechtsverhältnis dann ein öffentliches sei, wenn sich die Beteiligten im Verhältnis der Über- und Unterordnung gegenüberstehen und hat sich in späteren Entscheidungen⁴⁾ ausdrücklich auf dieses Unterscheidungskriterium berufen.

Gegen die Subjektionstheorie müssen jedoch erhebliche Bedenken geltend gemacht werden. Sie hält einer kritischen Prüfung letztlich nicht stand. So hat Hans J. WOLFF⁵⁾ überzeugend darauf hingewiesen, daß der Begriff "Rechtsverhältnis", auf den die Subjektionstheorie abstellt, komplex ist. Er umfaßt einen abstrakten Rechtssatz und einen konkreten Sachverhalt, die zusammen einen Anspruch stets dann begründen, wenn der Sachverhalt mit dem Tatbestand des Rechtssatzes übereinstimmt. Da nach

-
- 1) Sie wird vertreten von: Georg JELLINEK, S.384; HATSCHEK, S.15; FORSTHOFF, Lehrbuch, S.100; ferner die führenden Kommentare zur ZPO: BAUMBACH-LAUTERBACH, zu § 13 GVG, Anm.1 B; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, Vorbem. II A 1 vor § 1 ZPO; sowie auch ROSENBERG, S.5.
 - 2) Urt.d.RG v.27.7.1918 = RGZ 93,255 (258); v.14.11.1936 = RGZ 153,1 (4); v.10.3.1941 = RGZ 166,218 (226); v.2.10.1941 = RGZ 167,281 (284).
 - 3) Urt.d.BGH v. 10.7.1954 = BGHZ 14,222 (227).
 - 4) z.B. Urt.d.BGH v. 5.7.1957 in DöV 1958,861 (862); ebenso Urt.d.Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte beim BayObLG v. 17.12.1957 in NJW 1959,1195 (1196).
 - 5) WOLFF in AöR Bd.76, S.205.

der herrschenden Subjektionstheorie nicht der sog. Rechtstitel als Unterscheidungskriterium maßgebend ist, stellt sie somit nicht auf den das Rechtsverhältnis bestimmenden Rechtssatz, sondern auf den Sachverhalt ab. Dabei wird jedoch übersehen, daß ja gerade die unterschiedlichen sozialen Lebensverhältnisse den Gesetzgeber erst veranlassen, diese entweder durch Rechtssätze des öffentlichen Rechts oder durch solche des Privatrechts zu ordnen. Mag der Gesetzgeber auch diesen sich aus den Sachverhalten ergebenden Unterschieden im allgemeinen gerecht werden, so erscheint dies jedoch in Grenzgebieten zweifelhaft, wo die Unterscheidungskriterien ihre eigentliche Bewährungsprobe zu bestehen haben¹⁾.

Weiter muß der Subjektionstheorie entgegengehalten werden, daß es auch privatrechtliche Unterordnungsverhältnisse (z.B. im Kindschaftsrecht) und öffentlich-rechtliche Gleichordnungsverhältnisse²⁾ (z.B. öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts) gibt. Die rechtliche Über- und Unterordnung ist außerdem erst eine Folge des öffentlichen Rechts. Es ist deshalb eine *petitio principii*³⁾, hierauf die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht abzustellen; denn das Vorhandensein eines Überordnungsverhältnisses läßt sich nur feststellen,

1) BRUNE, S.58.

2) Solche auf der Koordination beruhenden Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts erkennen auch die Verfechter der Subjektionstheorie an; gleichwohl halten sie unverständlicherweise an der Subordination als "charakteristisches Merkmal des öffentlichen Rechts" fest (so z.B. FORSTHOFF, Lehrbuch, S.101).

3) WOLFF, Lehrbuch, § 22 II a 7.

indem man prüft, ob ein Träger hoheitlicher Gewalt¹⁾ in dieser seiner Eigenschaft an dem Rechtsverhältnis beteiligt ist oder nicht. Dies ist aber in vielen Fällen gerade zweifelhaft und führt mit der Subjektionstheorie notwendigerweise zu einem Zirkelschluß²⁾.

Ein solcher Zirkelschluß wird vermieden, wenn man der von Hans-J. WOLFF in einer grundsätzlichen Abhandlung³⁾ entwickelten Theorie folgt, die auf die früher gelegentlich vertretene Subjektstheorie zurückgeht. In Übereinstimmung mit der Subjektionstheorie geht Hans-J. WOLFF davon aus, daß der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ein rechtssystematischer des objektiven Rechts ist⁴⁾ und folgert daraus, daß die Unterscheidung an die Rechtssätze anknüpfen muß⁵⁾, weil das objektive Recht aus Rechtssätzen besteht. Ob ein Rechtssatz zum öffentlichen oder privaten Recht gehört, hängt von

-
- 1) Träger hoheitlicher Gewalt sind die Juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die mit öffentlicher Gewalt beliehenen Privatrechtssubjekte (WOLFF, Lehrbuch, § 34 I b 2).
 - 2) JENTSCH (in DöV 1956, 299) verwirft aus denselben Gründen wie WOLFF die Subjektionstheorie und stellt weiter darauf ab, daß "es im demokratischen Staatswesen, anders als im früheren ständischen, an einer ungleichen Stellung der Rechtssubjekte a priori fehlt". Diese Begründung erscheint jedoch nicht zwingend.
 - 3) WOLFF, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht in AöR Bd. 76 (1950), S. 205-217.
 - 4) WOLFF in AöR Bd. 76, S. 205 (207).
 - 5) In dieser Hinsicht bemerkenswert ist das Urt. d. KG Berlin v. 18.9.1956 (in NJW 1957, 1076), wonach für die Zulässigkeit des Rechtsweges i. S. v. § 13 GVG "nicht die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts, sondern der objektive materielle Inhalt des Anspruchs" entscheidend ist.
Vgl. auch Urt. d. BVerwG v. 19.12.1956 = BVerwGE 4, 215 (217): "Es kommt somit auf die Anspruchsgrundlage an".

der Art der beteiligten Zuordnungssubjekte ab. Diese können nämlich entweder Träger oder Organe öffentlicher Gewalt oder sonstige Rechtspersonen sein. Hiergegen könnte sogleich der durchaus berechtigte Einwand erhoben werden, daß nach unserer Rechtsordnung die Träger öffentlicher Gewalt auch Subjekte von Rechtssätzen sein können, die einhellig dem Privatrecht zugewiesen sind. So können sie sich wie jedermann der privatrechtlichen Formen bedienen, können beispielsweise Kauf-, Miet- und Dienstverträge schließen und sich an den Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts beteiligen. Es muß deshalb zugegeben werden, daß nicht alle Rechtssätze dem öffentlichen Recht angehören, deren Zuordnungssubjekt ein Träger hoheitlicher Gewalt ist. Die Tatsache, daß die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Straßen und Wege einer Juristischen Person des öffentlichen Rechts obliegt¹⁾, sagt also allein noch nichts über ihren rechtlichen Charakter aus.

Vielmehr bilden nur diejenigen Rechtssätze insgesamt das öffentliche Recht, bei denen wenigstens ein Zuordnungssubjekt Träger hoheitlicher Gewalt ist und auch notwendigerweise sein muß. "Öffentliches Recht" ist demnach der Begriff derjenigen Rechtssätze, welche Subjekte berechtigen oder verpflichten, von denen wenigstens eines ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist²⁾.

1) Vgl. hierzu die Übersicht in RGRK, zu § 823 BGB, Anm. 56.

2) Die von WOLFF (in AöR Bd. 76, S. 210; vgl. auch Anm. z. Urt. d. BGH v. 26. 3. 1953 in JZ 1953, 554 und Lehrbuch, § 22 II c) entwickelte Definition ist von BRUNE (S. 60) in der Weise näher präzisiert worden, daß nunmehr der mißverständliche Eindruck vermieden wird, daß sämtliche Zuordnungssubjekte Träger hoheitlicher Gewalt sein müssen.

Öffentlich-rechtlich sind mit-
hin diejenigen Pflichten, die
und soweit sie sich aus einem
Rechtssatz ergeben, der nicht
jedermann, sondern notwendi-
gerweise nur (wenigstens) ein
Subjekt hoheitlicher Gewalt
berechtigt oder verpflichtet.

Die Subjektstheorie in dieser von Hans J. WOLFF entwik-
kelten Form¹⁾ führt trotz der Verschiedenheit der Unter-
scheidungskriterien im wesentlichen zu denselben Ergeb-
nissen wie die herrschende Subjektionstheorie. Gleich-
zeitig weist sie den Vorteil auf, nicht den durchaus be-
rechtigten Bedenken ausgesetzt zu sein, die gegen die
(noch²⁾) herrschende Lehre vorgebracht werden. Die von
Hans J. WOLFF entwickelte Theorie darf darüber hinaus
für sich in Anspruch nehmen, neben ihrer praktischen
Brauchbarkeit auch dogmatisch exakt begründet zu sein

-
- 1) Wenn MENDER (in VerwArch. Bd.50,198) die von WOLFF entwickelte Theorie direkt als Subjektstheorie bezeichnet, so ist dies zumindest ungenau. Die eigentliche Subjektstheorie hat zwar die Bedeutung der Verschiedenheit der Rechtssubjekte erkannt, darüber aber - im Gegensatz zu WOLFF - die des Rechtssatzes vernachlässigt (hierzu WOLFF in AöR Bd.76, S.212).
 - 2) Auf die an der Subjektionstheorie in zunehmendem Maße geübte Kritik weist vor allem SIEBERT (in DöV 1959, 734) hin. Nach seiner Meinung liefert eine Kombination der von WOLFF entwickelten "Subjektstheorie" mit der Subjektionstheorie der Praxis die besten Ergebnisse. Dies vermag allein schon aus dogmatischen Gründen nicht einzuleuchten und ist zudem gar nicht erforderlich, da die von WOLFF entwickelte Theorie - richtig verstanden - sich auch in der Praxis bewährt.

und findet wohl gerade deshalb immer mehr Anhänger¹⁾.

§ 10 Kriterium für den rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen

Wendet man das gewonnene Unterscheidungskriterium auf den Rechtssatz von der Verkehrssicherungspflicht an, so

- 1) Der Theorie von WOLFF haben sich - soweit ersichtlich - angeschlossen: SCHOEN in DöV 1955, 137 (139); RUPP in DVBl 1958, 113 (114); WESTERMANN, S. 14; MENDER in VerwArch. Bd. 50 (1959), S. 193 (198); ULE, zu § 40 VwGO, Anm. II; Ebenfalls - wenn auch nicht ausdrücklich erwähnt - Urt. d. VGH Kassel v. 11. 12. 1957 in NJW 1959, 1146 (1147): Die Anwendung des Art. 34 GG ist in den Fällen nicht fraglich, "in denen das Handeln der Bediensteten als solches alle Anzeichen hoheitlichen Handelns in der Art trägt, daß eine ähnliche Handlung von einem Dritten gar nicht vorgenommen werden kann". KAYSER-LEISS, S. 28: "Kennzeichen des öffentlichen Amtes sind regelmäßig die Möglichkeit des Einsatzes öffentlich-rechtlicher Machtmittel und die Unmöglichkeit der Ausführung der gleichen Tätigkeit durch eine Privatperson." Vgl. auch TRIEBNER in Deutsches Recht 1943, S. 635. Ablehnend: BETTERMANN, Anm. z. Urt. d. BVerwG v. 7. 11. 1957 in DVBl 1958, 867. Daß die ablehnende Haltung auf einem Mißverstehen der Theorie beruht, hat MENDER (in VerwArch. Bd. 50, S. 198/199) nachgewiesen. Die von v. TUREGG (S. 36) geäußerten Bedenken, es sei nicht recht ersichtlich, wie der von WOLFF selbst befürchtete Zirkel vermieden werden könne, da ja erst einmal feststehen müsse, nach welchem Recht die Subjekte die genannten Eigenschaften erhalten sollen, sind nicht recht verständlich. Wenn JENTSCH (in DöV 1956, 299), der für die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht "nur auf die Verfügungsbefugnis über das einzelne Rechtsverhältnis" abstellt, die Theorie von WOLFF in der Weise interpretiert, WOLFF wolle das Wesen des öffentlichen Rechts "im materiellen Inhalt des jeweils obwaltenden Rechtsverhältnisses" erkennen, so muß dies kritisiert werden. WOLFF knüpft gerade nicht an das (komplexe) Rechtsverhältnis an, sondern nur an einen Bestandteil desselben, nämlich an den Rechtssatz (WOLFF in AöR Bd. 76, S. 207).

ergibt sich die Fragestellung, ob dieser Rechtssatz, soweit er sich auf die öffentlichen Straßen und Wege bezieht, notwendigerweise ein Subjekt hoheitlicher Gewalt berechtigt o d e r verpflichtet.

Stellt man auf das P f l i c h t subjekt ab, so läßt sich zunächst anführen, daß für die Sicherheit des Verkehrs stets nur zur Verantwortung gezogen werden kann, wer auch die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit hat, die für die Verkehrssicherung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Mit dem öffentlich-rechtlichen Akt der Widmung, der eine Straße zu einer "öffentlichen Straße" im Rechtssinne qualifiziert¹⁾, wird aber die privatrechtliche Herrschafts- und Verfügungsmacht des Eigentümers (auch die einer Juristischen Person des öffentlichen Rechts) insoweit zurückgedrängt, als es die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung der Straße erfordert²⁾ und zugleich ein (neues), öffentlich-rechtliches Sachherrschaftsverhältnis begründet³⁾. Der Eigentümer der öffentlichen Straße oder der sonst privatrechtlich

-
- 1) Literatur: GERMERSHAUSEN-SEYDEL, S.2; FORSTHOFF, Lehrbuch, S.332 ff; WOLFF, Lehrbuch, § 56 I. Rspr.: Urt.d.preuss.OVG v.3.11.1893 = prOVG 25,207 (212); v.30.3.1911 = prOVG 58, 335/336; Urt.d.OLG Hamm v.11.11.1952 in NJW 1953,1519.
 - 2) WOLFF, Lehrbuch, § 57 I b; Urt.d.preuss.OVG v.7.11.1929 = prOVG 85,289 (292); Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9,373 (383); v.14.7.1956 = BGHZ 21,319 (327).
 - 3) FORSTHOFF, Lehrbuch, S.334; LANDMANN-GIERS-PROKSCH, S.240; Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9,373 (383). Die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft tritt nicht an die Stelle des privaten Eigentums, sondern ist eine neben die privatrechtliche Sachherrschaft tretende besondere öffentlich-rechtliche Herrschaft über öffentliche Sachen. WOLFF spricht deshalb von einem "gemischten Rechtsverhältnis" an öffentlichen Sachen (WOLFF, Lehrbuch, § 55 IV b 2).

Verfügungsberechtigte darf nichts zur Sicherung des Verkehrs unternehmen, weil er damit in die hoheitliche Kompetenz des Trägers der öffentlichen Straße, m.a.W. in das durch die Widmung begründete öffentlich-rechtliche Sachherrschaftsverhältnis eingreifen würde. Somit scheint die Schlußfolgerung gerechtfertigt zu sein, daß der Rechtssatz von der Verkehrssicherungspflicht, soweit er sich auf öffentliche Straßen und Wege bezieht, nach unserer Rechtsordnung *n o t w e n d i g e r w e i s e* ein Subjekt hoheitlicher Gewalt verpflichtet. Zwingend ist diese Annahme jedoch nicht; denn es gibt Einzelfälle, in denen ausnahmsweise kraft gesetzlicher Vorschrift¹⁾ oder durch Ortsstatut²⁾ auch eine *P r i v a t*-person auf öffentlichen Straßen und Wegen verkehrssicherungspflichtig ist.

Stellt man dagegen aufgrund des gewonnenen Unterscheidungskriteriums nicht auf das Pflicht-, sondern auf das *B e r e c h t i g u n g s* subjekt ab, so ergibt sich, daß die Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen sich als eine öffentlich-rechtliche Pflicht erweist; denn *d a s S u b j e k t d e r d e r V e r k e h r s s i c h e r u n g s p f l i c h t e n t s p r e c h e n d e n B e r e c h t i g u n g i s t n o t w e n d i g e r w e i s e e i n S u b j e k t h o h e i t l i c h e r G e w a l t*, nämlich diejenige Juristische Person des öffentlichen Rechts, die die ordnungsgemäße Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen zu überwachen hat.

1) So lautet § 29 Satz 1 hmbWG:

"Zur Reinigung der öffentlichen Wege nach den Bestimmungen der §§ 33-36 sind die Anlieger verpflichtet."

2) s. § 5 prWegereinigungsg.

Hiergegen könnte der Einwand erhoben werden, daß die Berechtigung mit der Aufsicht über die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht stillschweigend gleichgestellt wird. Ein solcher Einwand erweist sich jedoch als nicht durchschlagend; denn es gibt wie die Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege Pflichten, die nicht gegenüber Privatpersonen bestehen¹⁾. In solchen Fällen ist die Aufsichtsbehörde zugleich das Berechtigungssubjekt. Aufgabe des Berechtigungssubjektes ist es, die Pflicht geltend zu machen. Genau dasselbe tut bei der Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege die Straßenaufsichtsbehörde, indem sie kraft Gesetzes²⁾ dafür Sorge trägt, daß der Träger der Straßenbaulast seine Verpflichtungen in einer den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs entsprechenden Weise erfüllt und ihn nötigenfalls dazu anhält. Schadenersatzberechtigt bei Schadenseintritt infolge ordnungswidrigen Straßenzustandes sind die geschädigten Straßenpassanten. Verpflichtet, den ordnungswidrigen Straßenzustand zu beheben, ist der Träger der Straßenbaulast. Berechtigt, diese Pflicht geltend zu machen, ist einzig und allein die Straßenaufsichtsbehörde, also ein Subjekt hoheitlicher Gewalt. Die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Straßen und Wege trägt somit

1) Vgl. § 3, in dem ausgeführt ist, daß hier eine Destination vorliegt.

2) § 20 BFStrG; § 13 berlStrG; Art.10 bayStrWG; § 54 nwlStrGE;
hierzu: WOLFF, Lehrbuch, § 57 II a; GERMERSHAUSEN-SEYDEL, S.26; MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.4.

öffentlich-rechtlichen Charakter¹⁾. Um sie von der Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich privater Grundstücke deutlich zu unterscheiden, bezeichnet man sie zweckmäßig als " öffentlich - rechtliche Verkehrssicherungspflicht " ²⁾.

Demnach bleibt festzustellen: Muß der materielle Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht einheitlich in der Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle gesehen

1) SANDER, S.22; KRAFT in DöV 1954, 518 (521); SPANNER, S.18; CLASEN in DöV 1959, 281 (284); WOLFF, Lehrbuch, § 57 IV b. Vgl. auch HOFACKER, S.27; WILHELM in RVerwBl. Bd.53 (1932), S.887 (888); SCHACK in RVerwBl. Bd.59 (1938), S.523 (524).

A.A. die Rspr.: Urt.d.RG v.24.4.1908 = RGZ 68, 358 (365); v.9.2.1937 = RGZ 155,1 (5); Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9,373 (389), in dem es heißt: "Demnach ist daran festzuhalten, daß sich die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Wege und Wasserstraßen nach privatrechtlichen Grundsätzen beurteilt".

Diesen Standpunkt vertreten auch: PATERNA in Ztschr. f.Agrar- und Wasserrecht, Bd.28 (1943), S.333; ARNDT in DAR 1956, 285; RGRK zu § 823 BGB, Ann.54.

2) Diese Bezeichnung wird verwandt von WOLFF, Lehrbuch, § 57 IV b; von SANDER, S.22; von CLASEN in DöV 1959, 281 (284); merkwürdigerweise auch vom BGH im Urt.v. 30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (374).

werden, so ist ihr rechtlicher Charakter¹⁾ jedoch verschieden, je nachdem sie sich auf private Grundstücke oder auf öffentliche Straßen und Wege bezieht.

IV. Kapitel

Rechtsbeziehungen zwischen der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht und der Straßenunterhaltungspflicht

§ 11 Überblick über die stark voneinander abweichenden Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung

Bei Erörterungen über die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen drängt sich zwingend das Problem auf, in welchen rechtlichen Beziehungen die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht zu der Straßenbaulast und damit zur Straßenunterhaltungspflicht steht. Handelt es sich hier um zwei voneinander unabhängig bestehende Pflichten oder dem Rechtsgrunde nach und inhaltlich nur um e i n e Pflicht, für die lediglich zwei Begriffe verwandt werden?

1) Zur Beurteilung des rechtlichen Charakters der Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Straßen braucht auf die von Otto MAYER (S.40) begründete Lehre vom öffentlichen Eigentum, durch die das mit privatem und öffentlichem Recht gemischte Rechtsverhältnis abgeschafft werden soll (zustimmend CLASEN in DöV 1959, 281 (284)), nicht eingegangen zu werden; denn die privatrechtliche Verfügungsmacht findet in jedem Falle in der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache ihre Grenze, unabhängig davon, ob die dingliche Sachherrschaft (dominium) mit der hoheitlichen Verfügungsgewalt (imperium) zu einem einheitlichen Institut, dem öffentlichen Eigentum, verschmolzen ist oder nicht (HARTMANN in prVerwBl. Bd. 38, S.622).

Vgl. Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9,373 (380).

In Lehre und Rechtsprechung werden nahezu alle nur denkbaren Standpunkte eingenommen. Häufig wird davon ausgegangen, daß die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und die Straßenunterhaltungspflicht im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander stehen. So vertritt eine Meinung¹⁾ unter Berufung auf ein Urteil des RG²⁾ die Auffassung, die Straßenbaulast, welche die Straßenunterhaltungspflicht mit einschließe, sei eine Unterart der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht. Die Befürworter der gegenteiligen Ansicht³⁾ folgen einem Urteil des BGH⁴⁾, wonach die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen Bestandteil der Straßenbaulast ist. Wieder andere⁵⁾ werfen die Frage auf, ob beide Pflichten nicht sogar identisch sind. Demgegenüber weist der BGH in einer späteren Entscheidung⁶⁾ mit Nachdruck darauf hin, daß die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und die Straßenunterhaltungspflicht scharf voneinander getrennt werden müssen.

Dieser kurze Überblick mag genügen, um zu zeigen, daß die Begriffe Straßenbaulast, Straßenunterhaltungspflicht und öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungs-

-
- 1) ENNECCERUS-LEHMANN, S.947; KETTERER-FRIEDRICH, S.2.
 - 2) Urt.d.RG v.9.2.1937 = RGZ 154,16 (25).
 - 3) HAUBEISEN in NJW 1953, 1613 (1614); FORSTHOFF, Lehrbuch, S.349.
 - 4) Urt.d.BGH v.9.6.1952 = BGHZ 6, 195 (201) = NJW 1952, 1089.
 - 5) GROEBE in NJW 1959, 1195.
 - 6) Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (385); ebenso schon ein Urt.d.RG v.13.7.1928 = RGZ 121,404 (405). Dies ist auch die überwiegende Ansicht im Schrifttum: GIESE, S.71; H. JELLINEK in Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S.568; DÜNNBIER in bayVwBl. 1957, S.117 (118); GROEBE in JR 1959, 326; SIEDER-ZEITLER, zu Art.9 bayStrWG, Anm.10.

pflicht uneinheitlich gebraucht, in verschiedene Beziehungen zueinander gesetzt und häufig sogar identifiziert werden. Will man aber gedankliche Fehlschlüsse vermeiden und die mit dem Thema aufgeworfene Streitfrage entscheiden, so muß zunächst versucht werden, eine eindeutige Klärung der aufgezeigten Problematik herbeizuführen.

§ 12 Der unterschiedliche Rechtsgrund beider Pflichten

Nach den Legaldefinitionen¹⁾ der inzwischen ergangenen Straßen- und Wegegesetze umfaßt die Straßenbaulast alle mit dem Bau und der U n t e r h a l t u n g der öffentlichen Straßen zusammenhängenden Aufgaben. Unter der Straßenbaulast ist die Pflicht zu verstehen, in Bezug auf den Bau, die bauliche Gestaltung und die Unterhaltung öffentlicher Straßen alles zu leisten, was erforderlich und zweckmäßig ist, damit den jeweils gegebenen Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs Genüge geschieht²⁾. Daraus folgt, daß die S t r a ß e n u n t e r h a l t u n g s p f l i c h t Bestandteil der Straßenbaulast ist. Ebenso wie die Straßenbaulast dem Pflichtenkreis des öffentlichen Rechts entstammt³⁾ und von der öffentlichen Ver-

1) § 3 Abs.1 BFStrG; § 7 Abs.2 berlStrG; Art.9 Abs.1 bayStrWG; § 13 Abs.1 hmbWG; vgl. auch § 10 Abs.1 nwlStrGE v.8.10.1958.

2) MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.1; H. JELLINEK in Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S.565 (566).

3) unstreitig; statt vieler: v.KAMPTZ-DELIUS, S.261; LASSAR, S.52; BÄRMANN in Ztschr.f.Verkehrssicherheit 1952/53, S.497; MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.1; BOCHALLI in Peters Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis (2.Bd.), S.571; ZIMNIOK, zu Art.9 bayStrWG, Anm.1.

waltung als Aufgabe pflegender Verwaltung wahrgenommen wird, so muß dies auch von der Straßenunterhaltungspflicht gelten. Die Straßenbaulast und damit auch die Straßenunterhaltungspflicht sind öffentlich-rechtliche kraft gesetzlicher Vorschriften bestehende Pflichten¹⁾.

Die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht hingegen besteht unabhängig von der Straßenunterhaltungspflicht. Ihr Rechtsgrund ist nicht wie bei der Straßenunterhaltungspflicht ein die Straßenbaulast regelndes formelles Gesetz, sondern - wie bereits ausgeführt - ein vorangegangenes gefährdendes Tun, die bloße Tatsache der Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle. Der verschiedentlich vertretenen Auffassung, die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht ergebe sich wie die Straßenunterhaltungspflicht aus der Straßenbaulast²⁾, kann deshalb nicht beigetreten werden. Ebenso

- 1) Die Straßenaufsichtsbehörden (Wegebauordnungsbehörden) haben darüber zu wachen, daß die Träger der Straßenbaulast die ihnen nach den gesetzlichen Vorschriften obliegenden Aufgaben in einer den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs entsprechenden Weise erfüllen: § 20 BFStrG; § 13 berlStrG; Art.10 bayStrWG; vgl. §§ 54, 55 nWLStrG).
Mit WOLFF (Lehrbuch, § 57 II a) muß der herrschenden Meinung die Gefolgschaft versagt werden, wonach die Wegebaulast nur eine Pflicht gegenüber der Straßenaufsichtsbehörde begründe. Zur Begründung muß auf die Ausführungen in § 3 verwiesen werden.
Andererseits muß die von SIEDER-ZEITLER (zu Art.9 bayStrWG, Anm.13) vertretene Rechtsansicht, die Straßenbaulast bestehe nur "dem Gesetz gegenüber" und es sei deshalb "nicht richtig, zu sagen, daß die Pflichten aus der Straßenbaulast gegenüber der Straßenaufsichtsbehörde bestehen", als abwegig bezeichnet werden. Gläubiger einer Verpflichtung kann nur ein Rechtssubjekt sein, kein Gesetz!
- 2) FORSTHOFF, Lehrbuch, S.351: Die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht ist "als Bau- und Unterhaltungspflicht allenthalben geregelt".
HAUBEISEN in NJW 1953, 1613 (1614): "Diese beiden Pflichten haben in der Straßenbaulast ihre gemeinsame Rechtsgrundlage".
A.A. die überwiegende Meinung; ausdrücklich verneinend: BERNMANN in Ztschr.f.Verkehrssicherheit 1952/53, S.497 (516); ARNDT in DAR 1956, 286; KRÖNER in DRiZ 1959, 233.

muß einem Rechtsgutachten der Landesverkehrswacht von NRW¹⁾ die Gefolgschaft versagt werden, wonach die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht sogar zwei rechtliche Grundlagen haben soll, die Straßenbaulast und die Verkehrseröffnung. Die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und die Straßenunterhaltungspflicht sind vielmehr ihrem Rechtsgrunde nach verschiedene Pflichten.

§ 13 Der unterschiedliche Inhalt beider Pflichten

Ungeachtet der verschiedenen rechtlichen Grundlagen der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht und der Straßenunterhaltungspflicht wird die Meinung vertreten, daß beide Pflichten so eng miteinander verknüpft sind und sich derart überschneiden, daß sie inhaltlich als eine Pflicht angesehen werden müssen. Jede andere Auffassung sei "künstlich" und könne deshalb nicht überzeugen²⁾.

Diese Rechtsansicht hält jedoch einer kritischen Prüfung nicht stand. Immerhin ist an ihr soviel richtig, daß tatsächlich ein enger Zusammenhang zwischen der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht und der Straßenunterhaltungspflicht besteht und beide Pflichten sich weitgehend decken³⁾. Maßnahmen zur Erfüllung der Straßenunterhaltungspflicht dienen in den meisten Fällen gleichzeitig der Verkehrssicherung; beide Pflichten sind insofern miteinander verbunden, als sie sich auf dasselbe Objekt beziehen⁴⁾. Diese enge Verknüpfung soll und kann nicht geleugnet werden. Trotzdem darf sie

1) Rechtsgutachten Nr.12 v.15.3.1951, S.1.

2) HAUEISEN in NJW 1953, 1613.

3) GRASMANN in DAR 1954, 199 (200); ARNDT in DAR 1956, 286; KRÖNER in DRiZ 1959, 233.

4) Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (385).

nicht dazu verleiten, die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und die Straßenunterhaltungspflicht inhaltlich als ein- und dieselbe Pflicht anzusehen; denn die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht kann Maßnahmen erfordern, die zur sachgemäßen Unterhaltung der Verkehrswege nicht notwendig sind¹⁾. Die Straßenunterhaltungspflicht bezieht sich allein auf den baulichen Zustand des Straßenkörpers; die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht geht darüber hinaus und erstreckt sich auch auf Vorkehrungen, welche die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs unabhängig von der Art der Wegeanlage zum Ziele haben²⁾.

So gehört beispielsweise die polizeimäßige Reinigung, die nicht bloß der Erhaltung der Straßen und Wege für Verkehrszwecke, sondern auch anderen Interessen, insbesondere der Gesundheitspflege, dient, nicht zur Straßenunterhaltungspflicht³⁾; wohl aber ist sie, soweit sie aus Verkehrsrücksichten und zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs notwendig ist, Inhalt der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht⁴⁾. Nicht anders steht es mit der Streupflicht. Wenn auch die Straßenunterhaltungsmaßnahmen regelmäßig gleichzeitig der Verkehrssicherheit dienen, so erscheint doch gerade die Streupflicht als eine Obliegenheit besonderer Art, die man nicht zur Straßenunterhaltungspflicht rechnen kann⁵⁾. Die Streupflicht

1) Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (385).

2) KETTERER-FRIEDRICH, S.2; BÄRMANN in Ztschr.f.Verkehrssicherheit 1952/53, S.497 (505).

3) Urt.d.preuss.OVG v.30.10.1886 = proVG 14, 398 (400); v.22.1.1900 = proVG 36, 237 (240).

4) RGRK, zu § 823 BGB, Anm.60; Urt.d.BGH v.19.5.1958 = BGHZ 27, 278 (281) = Verw.Rspr.Bd.10,826.

5) KODAL-GUDAT, S.138; GEIGEL, S.200; KETTERER-FRIEDRICH, S.2.

Wohl aber ist die Streupflicht nach einhelliger Meinung Ausfluß der Verkehrssicherungspflicht; statt vieler: LINDE in RdL 1959, S.33.

bezieht sich nämlich auf die Beseitigung einer vorübergehenden Verkehrsbehinderung, die ihre Ursache nicht (nur) in dem Zustand der Straßenoberfläche, sondern in Naturereignissen hat. Glatteis und Schneeglätte beeinträchtigen nicht die bauliche Beschaffenheit einer Straße, sondern nur die Möglichkeit, die Straße ungefährdet zu benutzen¹⁾. Dieses Beispiel macht es besonders deutlich, daß die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht im Gegensatz zur Straßenunterhaltungspflicht nicht nur die Sicherung gegen Gefahren aus der baulichen Beschaffenheit der Straße beinhaltet, sondern darüber hinaus auch die Abwehr all derjenigen Gefahren, die den Verkehrsteilnehmern durch den Zustand der Straße schlechthin, also auch durch Witterungseinflüsse drohen²⁾. Ebenso trifft der vom BGH hervorgehobene Gesichtspunkt, die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht könne Maßnahmen erfordern, die zur sachgemäßen Unterhaltung der Verkehrswege entsprechend ihrer Bestimmung nicht nötig sind, für die Straßenbeleuchtung zu³⁾; denn die öffentlichen Interessen, welchen die Straßenbeleuchtung dient, greifen weit über den Kreis derjenigen des öffentlichen Verkehrs auf den Verkehrswegen hinaus. Mit Recht hat deshalb das preußische OVG in ständiger Rechtsprechung⁴⁾ die Straßenbeleuchtung nicht als

1) KETTERER-FRIEDRICH, S.2.

2) Zum Umfang der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht: CREMERIUS in Der Gemeindetag 1958, S. 231 (232); ESSER, Lehrbuch, S.870; RGRK zu § 823 BGB, Anm.57 - 61;
Urt.d.BGH v.6.10.1958 in VersR 1959, 228 (230); v. 19.10.1959 = BB 1960, 269; v.30.11.1959 = NJW 1960,432.

3) KRAFT in Gruch.Arch. Bd.58, S.101 (171); KREBSBACH in Der Städtetag 1955, S.169 (170).

4) Urt.v.15.11.1878 = prOVG 5, 404 (405); v.30.10.1886 = prOVG 14, 398 (400); v.22.1.1900 = prOVG 36, 237 (240).

Inhalt der Straßenbaulast und damit der Straßenunterhaltungspflicht angesehen.

Diese Rechtsauffassung findet ihre Bestätigung in den inzwischen ergangenen Straßen- und Wegegesetzen, in denen zur Vermeidung von weiteren Streitfragen gesetzlich verankert worden ist, daß der Winterdienst, die Reinigung und die Beleuchtung der öffentlichen Straßen nicht zur Straßenbaulast gehören, gleichwohl aber der Träger der Straßenbaulast hierzu aufgrund der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht verpflichtet sein könne. So bestimmt Art.9 des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes:

- " (1) Die Straßenbaulast umfaßt alle mit dem Bau und der Unterhaltung der Straße zusammenhängenden Aufgaben.....
- (2)
- (3) Zu den Aufgaben nach Abs.1 gehören nicht das Schneeräumen, das Streuen bei Schnee- oder Eisglätte, die Reinigung und die Beleuchtung. Die Träger der Straßenbaulast sollen jedoch unbeschadet der Verkehrssicherungspflicht oder der Verpflichtung Dritter die Straßen bei Schnee und Eisglätte räumen und streuen.
- (4) " 1)

Die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und die Straßenunterhaltungspflicht sind also nicht identisch;

1) Vgl. § 3 Abs.3 BFStrG; § 10 Abs.2 nwlStrGE. Dementgegen bestimmt § 7 Abs.4 berlStrG: "Zur Straßenbaulast gehört die Pflicht, die öffentlichen Straßen so zu reinigen, daß die Verkehrssicherheit erhalten bleibt (verkehrsmäßige Reinigung)".
Schrifttum hierzu: SCHULZE in Die Selbstverwaltung 1958, S.231 (232); KNORR in bayVwBl. 1958, S.300 (301); BOCHALLI in DVBl. 1959, 672 (614).

vielmehr beinhaltet die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht im Verhältnis zur Straßenunterhaltungspflicht einen weitergehenden Pflichtenkreis. Andererseits sind aber auch Maßnahmen denkbar, die der Straßenunterhaltung dienen, ohne daß sie gleichzeitig Inhalt der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht sind. Dies trifft beispielsweise für die Instandhaltung der Entwässerungsanlagen und für die Bepflanzung hinsichtlich der öffentlichen Straßen zu¹⁾.

Somit bleibt festzustellen, daß zwar Maßnahmen im Rahmen der Straßenunterhaltung in den meisten Fällen gleichzeitig der Verkehrssicherung dienen (und umgekehrt Maßnahmen der Verkehrssicherung gleichzeitig der Straßenunterhaltung), dies aber nicht ausnahmslos der Fall ist; denn es gibt Rechtspflichten, die nur e i n e m dieser beiden Pflichtenkreise zugerechnet werden können, entweder der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht oder der Straßenunterhaltungspflicht. Öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und Straßenunterhaltungspflicht sind zwei sich inhaltlich weitgehend deckende, jedoch nicht identische Rechtspflichten.

§ 14 Die Träger beider Pflichten

Sind die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und die Straßenunterhaltungspflicht auch trotz eines inhaltlichen und funktionellen Zusammenhangs scharf voneinander zu unterscheidende Pflichten, so können beide

1) Die Sorge für ordnungsgemäße Entwässerungsanlagen und für die Bepflanzung hinsichtlich öffentlicher Straßen ist Inhalt der Straßenunterhaltungspflicht: § 1 Abs.4 BFStrG; § 2 berlStrG; Art.2 Abs.1 bayStrWG; § 2 Abs.2 hmbWG; vgl. § 2 Abs.2 nwlStrGE. Der Verkehrssicherung dienen diese Maßnahmen grundsätzlich nicht!

Pflichten dennoch insoweit zueinander in Beziehung gebracht werden, als sie häufig in ein- und derselben Juristischen Person des öffentlichen Rechts zusammentreffen. Für Gemeindestraßen kann dies nahezu uneingeschränkt bejaht werden; denn die Gemeinden sind aufgrund der Straßenbaulast¹⁾ verpflichtet, Gemeindestraßen zu bauen, zu unterhalten und die entstehenden Kosten zu tragen. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht obliegt ihnen die Beleuchtungs-, Streu- und (verkehrsmäßige) Reinigungspflicht auf den Ortsstraßen²⁾. Träger der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht und der Straßenunterhaltungspflicht sind hier also identisch, es sei denn, daß die Streu- und (verkehrsmäßige) Reinigungspflicht durch Gesetz³⁾ oder Ortsstatut⁴⁾ auf die Anlieger abgewälzt worden ist.

Bei den übrigen öffentlichen Straßen (Bundesstraßen, Landstraßen I. und II. Ordnung) liegt Identität in der Trägerschaft beider Pflichten stets dann vor, wenn die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht gleichzeitig Inhalt der Straßenunterhaltungspflicht ist⁵⁾. Diese Behauptung bedarf einer eingehenden Begründung. Auszugehen ist von den Legaldefinitionen⁶⁾ der Straßenbaulast. Danach wird von ihr umfaßt:

1) Vgl. Art.47 Abs.1 bayStrWG; § 47 Abs.1 nwLStrGE.

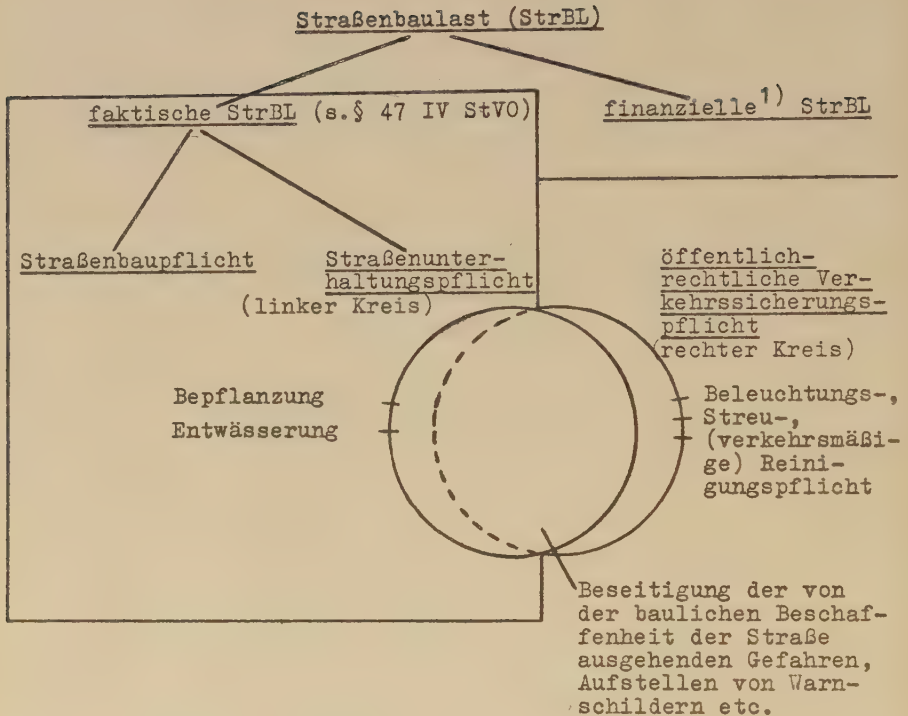
2) Vgl. Art.51 bayStrWG; § 50 nwLStrGE.

3) z.B. § 29 hmbWG.

4) Ermächtigungsgrundlage für ein solches Ortsstatut kann z.B. § 5 prWegereinigungsg sein.

5) Dies ist also bei allen Verkehrssicherungspflichten mit Ausnahme der Beleuchtungs-, Streu- und (verkehrsmäßigen) Reinigungspflicht der Fall.

6) § 3 Abs.1 BFStrG; § 7 Abs.2 berlStrG; Art.9 Abs.1 bayStrWG; § 13 hmbWG; vgl. auch § 10 Abs.1 nwStrGE.



Wenn nun in Lehre und Rechtsprechung vielfach an die Straßenbaulast schlechthin die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht (soweit sie Inhalt der Straßenunterhaltungspflicht ist) geknüpft wird, so mit Recht deshalb, weil in der Regel die Annahme berechtigt ist,

- 1) Die Träger der Straßenbaulast haben "nach ihrer Leistungsfähigkeit" die Straßen zu bauen und zu unterhalten.

Das StrRegG v.26.3.1934, das über Art.123 Abs.1 GG auch heute noch geltendes Recht ist, soweit es nicht durch die inzwischen ergangenen Straßen- und Wegegesetze außer Kraft gesetzt wurde (s. § 25 Abs.2 BFStrG), verdeutlicht die Kostentragungspflicht besonders gut. So lautet § 2 Abs.1 StrRegG: "Der Träger der Straßenbaulast trägt die Kosten der Unterhaltung und des Ausbaus der Straßen."

daß der kraft Gesetzes für den Straßenbau und für die Straßenunterhaltung zuständige Träger der Straßenbaulast dieser Pflicht auch in Wirklichkeit nachkommt, also den Verkehr eröffnet und unterhält, und aufgrund seiner rechtlichen und tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit auf die von den Straßen ausgehenden Gefahren in der Lage ist, die für die Sicherheit des Verkehrs erforderlichen Maßnahmen durchzuführen¹⁾.

Zwingend ist diese Annahme jedoch nicht, wie folgendes Beispiel verdeutlichen mag: Nach Art.90 Abs.2 GG obliegt die Verwaltung der Bundesfernstraßen den Ländern oder den nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften. Der Bund ist zwar gemäß § 5 Abs.1 BFStrG Träger der Straßenbaulast, aber nur in dem Sinne, daß er die finanziellen Mittel für den Straßenbau und für die Straßenunterhaltung zur Verfügung zu stellen hat (f i n a n z i e l l e S t r a ß e n b a u l a s t). Die Straßenbau- und -unterhaltungspflicht (f a k t i s c h e S t r a ß e n b a u l a s t) ist gewissermaßen aus der Straßenbaulast eliminiert und auf die Länder oder auf die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften abgewälzt worden. Diese sind kraft des Rechts und der Pflicht zur Verwaltung der Bundesfernstraßen allein imstande, den Gefahren zu begegnen, die sich aus einem ordnungswidrigen Straßenzustand ergeben. Deshalb obliegt ihnen auch gleichzeitig die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht²⁾ mit Ausnahme der

1) WUSSOW, S.72.

2) Dementsprechend hat der BGH im Urt.v.15.6.1954 (= BGHZ 14,83 (85) für Landstraßen II.Ordnung das Land (Schleswig-Holstein) und nicht die Landkreise, sowie im Urt. v.30.12.1954 (= BGHZ 16,95) für Bundesstraßen die Länder und nicht den Bund für verkehrssicherungspflichtig erachtet.
Ebenso Urt.d.BGH v.7.2.1957 in VersR 1957,238 (239); v.15.4.1957 = BGHZ 24,124 (130).
Literatur: ARNDT in DAR 1956, 285 (286); KRÖNER in DRiZ 1959,233 (234); LANDMANN-GIERS-PROKSCH, S.240.

Beleuchtungs-, Streu- und (verkehrsmäßigen) Reinigungspflicht¹⁾. Für die Frage nach der Person des Verkehrssicherungspflichtigen ist also nicht entscheidend, wer die Straßenbaukosten letztlich zu tragen hat, vielmehr muß darauf abgestellt werden, wer in Ausübung der ihm übertragenen Verwaltungs- und Unterhaltungsbefugnisse den Gefahren begegnen kann, die durch einen ordnungswidrigen Straßenzustand drohen²⁾. Das trifft stets für den Träger der faktischen Straßenbaulast zu. Aus dem angeführten Beispiel ist die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung ersichtlich, daß die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht, soweit sie gleichzeitig Inhalt der Straßenunterhaltungspflicht ist, immer derjenigen Juristischen Person des öffentlichen Rechts obliegt, die der faktischen Straßenbaulast nachkommt.

Demnach bleibt für die rechtlichen Beziehungen zwischen der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht und der Straßenunterhaltungspflicht festzustellen: Die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und die Straßenunterhaltungspflicht sind ihrem Rechtsgrunde und ihrem Inhalte nach verschiedene, in ihrem rechtlichen Charakter übereinstimmende Pflichten, die weitgehend sin- und demselben Träger hoheitlicher Gewalt obliegen.

1) Der Beleuchtungs-, Streu- und (verkehrsmäßigen) Reinigungspflicht kommt nur innerhalb geschlossener Ortschaften Bedeutung zu.

2) Urt.d.BGH v.6.10.1958 = VersR 1959, 228.

Z w e i t e r T e i l

Die Haftung bei Verletzung der öffentlich-rechtlichen

Verkehrssicherungspflicht

Nach dem bisher gewonnenen Ergebnis trägt die Verkehrs-
sicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Straßen und
Wege öffentlich-rechtlichen Charakter. Sie ist ein
Korrelat der sich aus der öffentlichen Sachherrschaft
ergebenden Berechtigung, Inhalt und Umfang des Gemeinge-
brauchs zu regeln und die bestimmungsgemäße Benutzung
der öffentlichen Straßen, die durch den Widmungsakt Ge-
genstand der öffentlichen Verwaltung geworden sind, durch
Abwendung von Gefahren sicherzustellen¹⁾.

Auf welche Haftungsgrundlage kann nun der Geschädigte
seinen Schadensersatzanspruch stützen, wenn die ö f -
f e n t l i c h - r e c h t l i c h e Verkehrssiche-
rungspflicht verletzt wird? Die Beantwortung der gestell-
ten Kernfrage hängt wesentlich davon ab, ob die Träger
und Organe hoheitlicher Gewalt bei der E r f ü l l u n g
der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht in
Ausübung öffentlicher Gewalt tätig werden, was lebhaft
umstritten ist.

1) HARTMANN in PrVerwBl. Bd.38, S.623.

I. Kapitel

Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Reichs- gerichts

§ 15 Die haftungsrechtliche Gleichstellung der Juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit Privatpersonen

Das RG hat in ständiger Rechtsprechung die bloße fürsorgerische Tätigkeit des Staates¹⁾ mit der in Art.131 WRV geforderten "Ausübung öffentlicher Gewalt" für vereinbar gehalten, was in zahlreichen Entscheidungen zum Ausdruck kommt, in denen sich die verletzte Amtspflicht auf fürsorgerische Belange bezog und eine Haftung aus § 839 BGB i.Verb.m. Art.131 WRV bejaht wurde²⁾.

Als nicht einleuchtend muß es deshalb bezeichnet werden, wenn das RG bei der Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht eine Ausnahme machte, obgleich es den fürsorgerischen Charakter dieser Pflicht nicht leugnete. So führt das RG³⁾ aus: "Mag auch in den Fällen, in denen der Wegebaupflichtige ein mit öffentlicher Gewalt ausgestatteter Verband ist, die Anschauung möglich sein, daß die Erfüllung der Wegebaupflicht eine Handlung öffentlich-rechtlicher Fürsorge ist, so ist doch entscheidend, daß die geltende Regelung der Wegeunterhaltungspflicht" - damit ist also auch weitgehend die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht gemeint - "keinen

1) Das staatliche Fürsorgerecht darf nicht mit dem (engeren) Fürsorgebegriff i.S.d. Fürsorgepflichtverordnung identifiziert werden!

2) z.B. Urt.v.9.1.1914 = RGZ 84, 27, wo eine Schülerin beim Turnunterricht infolge mangelnder Aufsicht der Turnlehrerin zu Schaden kam;
Urt.v.24.5.1927 in JW 1927, 1994, wo ein Student bei Experimentierarbeiten des Professors verletzt wurde.

3) Urt.v.9.2.1937 = RGZ 154, 16 (25).

Unterschied nach der Person des Pflichtigen macht". Daß die Pflicht zur Unterhaltung der öffentlichen Straßen eine öffentlich-rechtliche Pflicht ist, sei unerheblich; denn es genüge allein die Tatsache der Verkehrseröffnung, um die privatrechtliche Haftung für die Vernachlässigung der Verkehrssicherungspflicht zu begründen¹⁾. Werde bei der Unterhaltung eines öffentlichen Weges zugleich diejenige Sorgfalt verabsäumt, welche im Rechtsverkehr nach dem bürgerlichen Gesetze zu beachten sei, so gehöre die daraus erwachsende Haftung dem Gebiete des Privatrechts an, und auf diesem Gebiete könnten auch Juristische Personen des öffentlichen Rechts keine gesonderte Rechtsstellung beanspruchen²⁾. Eine Juristische Person des öffentlichen Rechts müsse bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht "wie ein Privatmann"³⁾ haften. Das RG⁴⁾ will also zum Ausdruck bringen, daß die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nicht andere Rechtsfolgen nach sich ziehen könne, je nachdem der Verpflichtete eine Privatperson (dann § 823 Abs.1 BGB) oder eine Juristische Person des öffentlichen Rechts (dann § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG) sei⁵⁾.

-
- 1) Urt.d.RG v.28.2.1923 = RGZ 106, 340 (342).
Ebenso SCHMID in Fischers Ztschr.f.Verwaltungsrecht Bd.73 (1936), S.249 (284).
 - 2) so Urt.d.RG v.23.2.1903 = RGZ 54, 53 (59).
 - 3) Urt.d.RG v.19.3.1935 = RGZ 147, 275 (278).
 - 4) Übersicht über die Rspr.d.RG:
Grundlegende Entscheidung v.23.1.1903 = RGZ 54,53, die sich in ihrer Begründung teilweise auf das Urt.d. Oberappellationsgerichts Lübeck v.18.2.1871 (= Seuff. Arch. Bd.25, Nr.128) stützt.
Urt.v.24.4.1908 = RGZ 68, 358 (365); v.13.7.1928 = RGZ 121, 404 (407); v.7.4.1930 = RGZ 128, 149 (157); v.28.4.1930 = RGZ 128, 353 (356); v.19.3.1935 = RGZ 147, 275 (278); v.9.2.1937 = RGZ 154, 16 (25); v.9.2.1937 = RGZ 155, 1 (9).
A.A. einmal ganz ausführlich: Urt.d.LG Tübingen v. 24.10.1936 in JW 1937, 1544.
 - 5) ebenso ASSMANN, S.9; MOHN, S.329.

Diese Erwägungen sind jedoch keineswegs geeignet, um die Anwendung der privatrechtlichen Haftungsbestimmung zu rechtfertigen und die des § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG auszuschließen. Das Unbefriedigende des gegenwärtigen Rechtszustandes ist gerade auf diese Ansicht unmittelbar zurückzuführen. Die ganze Argumentation, die darauf abstellt, daß eine Juristische Person des öffentlichen Rechts in Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht eine Tätigkeit wahrnehme, die ebensogut von einer Privatperson vorgenommen werden könne, ist als Kriterium für eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Haftungsgrundlage schlechthin nicht haltbar und stellt weniger eine Begründung als eine Behauptung dar. Es scheint durchaus nicht selbstverständlich, daß eine Rechtsfolge eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses dann privatrechtlich sein soll, wenn sie auch eintreten würde, falls das Rechtsverhältnis privatrechtlich wäre¹⁾. Wer wollte beispielsweise ernstlich behaupten, die Impfung durch einen Amtsarzt sei privatrechtlich zu beurteilen, weil auch jeder andere Arzt nach § 8 Abs. 1 ImpfG impfen kann²⁾? Wenn jemand "wie ein Privatmann" haften soll, so ist Voraussetzung, daß er auch "wie ein Privatmann" verpflichtet ist³⁾! Dies aber trifft für die Juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht zu; denn die Verkehrssicherung öffentlicher Straßen obliegt ihnen als eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Dagegen erfüllen Privatpersonen mit der Verkehrssicherung auf privaten Wegen und Grundstücken eine privatrechtliche

1) SCHMIDT in Fischers Ztschr. f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung Bd. 47 (1918), S. 1 (132).

2) Diese rhetorische Frage hält FORSTHOFF (in DVBl. 1952, 167) der Rspr. d. RG entgegen.

3) Vgl. Urt. d. LG Tübingen v. 24.10.1936 in JW 1937, 1544 (1545).

Pflicht. Der Rechtsprechung des RG muß zwar zugegeben werden, daß das geltende Recht ausdrücklich keinen Unterschied nach der Person des Pflichtigen macht, doch muß hinzugefügt werden, daß es darauf gar nicht ankommt und es dessen folglich nicht bedarf. Nicht auf die Person des Pflichtigen, sondern auf den rechtlichen Charakter der Pflicht selbst, die der Pflichtige zu erfüllen hat, muß abgestellt werden.

Die Frage, ob ein Vorgang nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist, kann nicht danach entschieden werden, ob eine Juristische Person des öffentlichen Rechts etwas getan oder unterlassen hat, was an sich jede Privatperson auch tun oder unterlassen könnte. Maßgebend ist vielmehr allein die rechtliche Ordnung, die dem Vorgang gegeben wurde¹⁾. Die Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Da die zuständigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts in Bezug auf diese Verpflichtung kraft einer nicht jedermann, sondern ausschließlich ihnen zustehenden Kompetenz handeln, werden sie auch in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig²⁾. Die Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege ist als eine öffentliche Aufgabe pflgender (för-

1) NEDDEN in NJW 1956, 1015; SPANNER, S.20.

2) WOLFF, Lehrbuch, § 22 II d.

der n d e r) V e r w a l t u n g ¹⁾ oder - um mit Walter JELLINEK ²⁾ zu sprechen - als "schlichte Hoheitsverwaltung" anzusehen ³⁾, die im System des deutschen Verwaltungsrechts neben der obrigkeitlichen Eingriffsverwaltung den zweiten Bereich der hoheitlichen Verwaltung bildet ⁴⁾.

§ 16 Die Erwägungen vor Einführung der Staatshaftungsbestimmungen

Für die Beurteilung der Rechtsauffassung des RG zur Frage der Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen ist die Rechtslage, der sich das Gericht zu Beginn seiner Rechtsprechung gegenübergestellt sah, von nicht unerheblicher Bedeutung ⁵⁾. Nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches war die Haftung des Staates aufgrund der §§ 89, 31 BGB

-
- 1) FORSTHOFF (in DVBl. 1952, 167) spricht von fürsorgelicher Tätigkeit im Rahmen der Daseinsvorsorge. Gegen diese Bezeichnung wendet sich FISCHERHOF in DöV 1960, S.41 (46).
 - 2) Walter JELLINEK (S.21/22) weist darauf hin, es sei mißlich, einen Begriff verneinend umschreiben zu müssen. Daher bezeichnet er die nicht obrigkeitliche hoheitliche Verwaltung als "schlichte Hoheitsverwaltung".
 - 3) WOLFF, Lehrbuch, § 57 IV b; FORSTHOFF, Lehrbuch, S.282; HILMELMANN in JR 1931, 249 (250).
 - 4) zur Abgrenzung: WOLFF, Lehrbuch, § 23 II; SIEBERT in Festschr.f.Niedermeyer, S.215 (242); Walter JELLINEK, S.20 ff; FORSTHOFF, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 1-20; BRUNE, S.48.
Vgl. auch Urt.d.RG v.12.10.1938 = RGZ 158, 257 (261); Urt.d.BGH v.30.11.1955 = NJW 1956, 711.
 - 5) Vgl. Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (379).

die Regel und gemäß Art.77 EGBGB die Haftung desselben wegen der in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommenen Schädigungen eine dem Landesrecht vorbehaltene Ausnahme. Daraus läßt sich die früher weitverbreitete Tendenz erklären, die privatrechtliche Haftung des Staates auch auf hoheitliche Handlungen auszudehnen. Man handelte dementsprechend nach der sonst außer Kurs gesetzten gemeinrechtlichen und von DERNBURG bei der Auslegung des § 89 BGB ausdrücklich ausgesprochenen Regel: "in dubio contra fiscum"¹⁾.

Die Anwendung einer privatrechtlichen Haftungsgrundlage bei Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht war also schon deshalb geboten, weil es sonst an einem ausreichenden Rechtsschutz fehlte. Nach Inkrafttreten des § 839 BGB und bis zum Inkrafttreten der Staatshaftungsbestimmungen²⁾ konnte nämlich eine Juristische Person des öffentlichen Rechts wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen nur dann in Anspruch genommen werden, wenn diese Rechtspflicht als eine privatrechtliche angesehen wurde. Hätte das RG den Standpunkt vertreten, die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen erfolge in Ausübung öffentli-

-
- 1) DERNBURG, S.188;
vgl. auch Urt.d.LG Tübingen v.24.10.1936 in JW 1937, 1544 (1545); REINHARDT in Verhandlungen des 41.Deutschen Juristentages 1955 (1.Bd.), S.233 (242).
- 2) Staatshaftungsbestimmungen brachten:
- a) das preußische Gesetz v.1.8.1909 über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt (preuß.GS, S.691);
 - b) das Reichsgesetz v.22.5.1910 über die Haftung des Reichs für seine Beamten (RGBl.I, S.798);
 - c) die Verfassung des Deutschen Reiches v.11.8.1919 (Weimarer Reichsverfassung) in Art.131 (RGBl.I, S.1383);
 - d) das Bonner Grundgesetz v.23.5.1949 in Art.34 (EGBl.I, S.1).

cher Gewalt, so wäre nur die Haftung des verantwortlichen Amtswalters aus § 839 BGB in Betracht gekommen. Von § 839 BGB führte damals noch kein Weg zu einer direkten Haftung der verkehrssicherungspflichtigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts selbst, weil es die Staatshaftungsbestimmungen noch nicht gab und die §§ 89, 31 BGB auf eine Haftung aus § 839 BGB bekanntlich nicht anwendbar sind. Wenn also das RG zu dem von ihm als billig erkannten Ergebnis kommen wollte, so mußte es die Ausübung öffentlicher Gewalt bei der Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen verneinen; denn dann konnte es gleichzeitig eine privatrechtliche Haftungsgrundlage bejahen, den Amtswalter aus § 823 BGB und seinen Dienstherrn gemäß den §§ 823, 89, 31, 831 BGB haften lassen¹⁾.

Wie sehr das RG sich von dem Gedanken, dem Geschädigten einen ausreichenden Gerichtsschutz und einen zahlungsfähigen Schuldner zur Verfügung zu stellen, hat leiten lassen, kommt in zahlreichen Entscheidungen deutlich zum Ausdruck. So heißt es in dem Urteil vom 23.2.1903²⁾: "Es ist nicht einzusehen, daß eine Gemeinde von der Haftung, die eine Privatperson als Grundstücksbesitzer treffen würde, um deswillen befreit sein sollte, weil das Grundstück ein öffentlicher Weg oder Platz und der Gemeinde verwaltungsrechtlich zugewiesen ist". In einem anderen Urteil vom 19.1.1915³⁾ führt das RG aus, mit dem

1) hierzu ausführlich: HIMMELMANN in JR 1931, 249 (250); vgl. auch THIERFELDER in DöV 1960, 898 (899) und EVERS in JuS 1961, 125/126.

2) = RGZ 54, 53 (59).

3) RGZ 86, 117 (122).

Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 22.5.1910 sei für die Beurteilung der Rechtslage zur Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen eine neue rechtliche Grundlage geschaffen worden¹⁾.

Mochte, solange als die Staatshaftungsbestimmungen noch nicht eingeführt waren, der Rechtsschutz des Geschädigten nur dann gesichert erscheinen, wenn es gelang, die für die Verkehrssicherung öffentlicher Straßen zuständigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts nach den privatrechtlichen Deliktsregeln haftbar zu machen, und mochte zu diesem Zwecke eine mindestens fragwürdige Konstruktion in Kauf genommen werden, so besteht bei der heutigen Rechtslage kein Anlaß, daran festzuhalten²⁾. Die jetzige Rechtsordnung zwingt, um dem Geschädigten zu seinem Recht zu verhelfen, nicht mehr dazu, die Rechtsgrundlage für seinen Anspruch in § 823 Abs.1 BGB zu suchen³⁾.

1) Vgl. auch Urt.d.RG v.20.12.1897 = RGZ 40, 293 (296).

2) FORSTHOFF in DVBl. 1952, 164 (165); KRÜGER, S.136; FORSTHOFF, Lehrbuch, S.351.
In einer ablehnenden Stellungnahme hierzu weist HABERKORN (in DVBl. 1960, 198) darauf hin, das damalige Fehlen von Staatshaftungsbestimmungen könne für die Rspr.d.RG zur Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht nicht von Bedeutung gewesen sein, da das RG seinen Standpunkt in dieser Frage auch nach Inkrafttreten des Art.131 WRV nicht aufgegeben habe. Dem steht aber der klare Wortlaut der angeführten Entscheidungen entgegen.

3) Dies erkennt auch der BGH im Urt.v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (380) an.

II. Kapitel

Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und anderer Gerichte

§ 17 Die Berufung des Bundesgerichtshofes auf § 836 BGB als Haftungsgrundlage

In seinem Urteil vom 8.5.1952¹⁾ hat der BGH die Feststellung getroffen, daß die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Straßen zwar auf dem öffentlichen Recht beruhe, ihre Erfüllung jedoch eine nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Verpflichtung darstelle. Der BGH ist damit der Rechtsauffassung des RG gefolgt und hat diese - wenn auch mit unterschiedlicher Begründung - in seiner Entscheidung vom 30.4.1953²⁾ ausdrücklich bestätigt.

Als Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht bezeichnet der BGH in ihr - wie bereits ausgeführt - die "objektive Gefahrenlage". Die Haftung für Schäden, die aus dieser objektiven Gefahrenlage erwachsen, bedurfte nun einer rechtlichen Grundlage in der Form eines gesetzlichen Schuldverhältnisses. Mangels einer dahin lautenden Haftungsnorm griff der BGH auf die Vorschrift des § 836 BGB zurück, aus der er für die Verkehrssicherungspflicht den Grundsatz ableitet, daß "die Tatsache der vom Gegenstand ausgehenden Gefährdung Dritter" die "Haftungs-

1) = DVBl. 1952, 626.

2) = BGHZ 9, 373.

grundlage" bilde¹⁾.

Die Berufung auf § 836 BGB erweckt aber schon aus dem Grunde Bedenken, weil § 836 BGB einen speziellen Deliktstatbestand - den Fall eines gesetzlich vermuteten Verschuldens - behandelt und damit einer Analogie nicht zugänglich ist²⁾. Der BGH³⁾ hat bei seiner analogen Anwendung offenbar selbst Bedenken und sucht daher Rechtfertigung beim RG, indem er die Behauptung aufstellt, das RG habe die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht "der Sache nach" in gleicher Weise begründet. Davon kann aber insofern keine Rede sein, als das RG⁴⁾ lediglich für die Begründung der P f l i c h t zur Verkehrssicherung teilweise auf § 836 BGB verwiesen, nicht aber auch die H a f t u n g s g r u n d l a g e aus dieser Vorschrift hergeleitet hat. Diese vom BGH für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht entwickelte Haftungsbegründung würde bei konsequenter Anwendung in gefährlicher Ausweitung des im BGB verankerten Schuldbegriffs die von einer dem Verkehr eröffneten Sache ausgehende Gefährdung als solche zur Grundlage eines Schadensersatzanspruches aus unerlaubter Handlung ma-

1) So führt der BGH in diesem Urteil auf S.387 aus:
"Die Haftung für Schäden, die aus dieser objektiven Gefahrenlage erwachsen können, bedarf einer rechtlichen Normierung in der Form eines gesetzlichen Schuldverhältnisses. Eine ausdrücklich allgemeine gesetzliche Regelung, die diesen Tatbestand trifft, fehlt.
§ 836 BGB regelt aber einen besonders naheliegenden Einzelfall dieser Art. Es entspricht den allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen, wenn der Grundgedanke jener ausdrücklichen Vorschrift analog auf a l l e Fälle gleicher Art angewendet wird".

2) WOLFF, Lehrbuch, § 57 IV b; SCHMALZL in NJW 1956, 205.

3) Urt.v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (387).

4) z.B. Urt.v.23.2.1903 = RGZ 54, 53 (58).

chen¹⁾. Wer aber aus der von einer Sache ausgehenden Gefährdung eine Haftungsgrundlage herleitet, der begibt sich auf den Boden der reinen Gefährdungshaftung und beschreitet den systemwidrigen Weg, der die Sorge für die Verkehrssicherheit zu einem Gefährdungstatbestand stempelt. Hiergegen hat sich vor allem ESSER²⁾ gewandt und davor gewarnt, die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht unter völliger Verkennung der Verschuldensgrundsätze der §§ 823 ff BGB wie Gefährdungstatbestände zu behandeln.

Jedoch hat der BGH diese zwingende Konsequenz aus seiner Argumentation nicht gezogen. Vielmehr hält er trotz der aufgezeigten Haftungsbegründung im Ergebnis an der Haftungsgrundlage des § 823 Abs.1 BGB fest³⁾, setzt also auch für die Haftung aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht ein schuldhaftes Verhalten voraus und verwickelt sich somit in den Urteilsgründen ein und desselben Urteils in unüberbrückbare Widersprüche. Die von einer dem Verkehr eröffneten Sache ausgehende Gefährdung als solche kann niemals die Grundlage der Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht bilden⁴⁾, sondern stets nur eine Anspruchsnorm; denn die von

1) Vgl. H. JELLINEK in Gedächtnisschrift f. W. JELLINEK, S.577.

2) ESSER in JZ 1953, 129 (131).

Auf S.134 führt er aus, es werde das normative Element des § 276 BGB in ein restitutives verwandelt, indem man nicht mehr lese: "die im betr. Lebenskreis zu erwartende und den Umständen angemessene Sorgfalt", sondern "die nach dem Ausgang der Dinge in diesem Falle zur Schadensabwendung erforderlichlich gewesene Sorgfalt". Vgl. auch ESSER, Lehrbuch, S.868.

Den Ausführungen von ESSER stimmt H. JELLINEK (in Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S.580) in vollem Umfange zu.

3) Urt.v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (389).

4) so auch FRISIUS in NJW 1953, 1625.

einer Sache ausgehende Gefahr macht es nicht irrelevant, auf welche Weise diese Tatsache dem Haftenden rechtlich zuzurechnen ist, kraft welcher Rechtspflicht dieser für den Schaden einzustehen hat¹⁾. Die Herstellung oder Aufrechterhaltung eines gefährdenden Zustandes kann also nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit der Unterlassung der zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen den Tatbestand einer unerlaubten Handlung bilden²⁾.

Wenn auch Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle ist, so darf dies haftungsrechtlich nicht mit den Tatbeständen der Gefährdungshaftung identifiziert werden. Bei der Gefährdungshaftung wird an die Schaffung einer Gefahrenquelle die Haftung geknüpft; bei der Verkehrssicherungspflicht knüpft sich aber an die Schaffung der Gefahrenquelle nicht die Haftung, sondern nur eine Verpflichtung, das Erforderliche für die Sicherheit des Verkehrs zu tun. Die Haftung selbst hängt erst wieder davon ab, daß diese aus der Schaffung oder Unterhaltung der Gefahrenquelle sich ergebende Verpflichtung schuldhaft verletzt wird³⁾. Die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle ist zwar die notwendige Voraussetzung der Haftpflicht⁴⁾, nicht aber deren Rechtsgrund.

1) FORSTHOFF, Lehrbuch, S.349.

2) PLANCK, zu § 823 BGB, Anm.B II, 2 b (S.1724); SCHWARZE in MDR 1954, 584.

3) SCHACK in RVerwBl. 1938, S.523 (525); WUSSOW, S.71.

4) HECKHAUSEN, S.28.

§ 18 Die Theorie des Bundesgerichtshofes vom sog. Organisationsakt

Das bereits mehrmals angeführte und bisher ausführlichste Urteil des BGH zur Frage der Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Verkehrsstraßen¹⁾ ist auch insofern von Bedeutung, als der BGH einräumt, die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen könne "im konkreten Fall zugleich die Verletzung einer Amtspflicht" sein, nämlich stets dann, wenn die verkehrssicherungspflichtige Juristische Person des öffentlichen Rechts dieser Verpflichtung im Rahmen der hoheitlichen Verwaltung genügen wolle. Dazu bedürfe es aber eines sich im Rahmen der Gesetze haltenden ausdrücklichen "O r g a n i s a t i o n s a k t e s", welcher der Allgemeinheit gegenüber kundgetan werden müsse. Die bloße Tatsache, daß die Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen auf dem öffentlichen Recht beruht, soll nicht genügen, um bei Verletzung dieser Pflicht § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG als Haftungsgrundlage anwenden zu können. Soweit das Gesetz nichts ausdrücklich bestimme, führt der BGH aus, habe eine Juristische Person des öffentlichen Rechts die Wahl, ob sie der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen als Fiskus (privatrechtlich) oder als Träger hoheitlicher Gewalt (hoheitsrechtlich) genügen wolle. Soll dies jedoch in der letztgenannten Form geschehen, dann bedürfe es dazu "einer der Allgemeinheit gegenüber kundgegebenen ausdrücklichen Erklärung und einer entsprechenden Gestaltung der Verwaltung im Rahmen der Organisationsgewalt²⁾ der zuständigen Organe"³⁾.

1) Urt. v. 30.4.1953 = BGHZ 9, 373.

2) zur Organisationsgewalt: ERMACORA in VVDStRL, Heft 16, S. 191 ff; KÖTTGEN in VVDStRL, Heft 16, S. 154 ff.

3) Urt. v. 30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (387/388).

Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden; denn der vom BGH gegebene Hinweis auf die Notwendigkeit eines besonderen organisationsrechtlichen Aktes, damit die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht dem Bereich der nicht obrigkeitlichen hoheitlichen Verwaltung zugerechnet werden kann, erweist sich als unzutreffend. Der BGH hat bisher weder zu erkennen gegeben, was er unter einem Organisationsakt verstanden wissen will, noch zu seiner rechtlichen Gestaltung näher Stellung genommen. In der Tat ist auch kein Weg ersichtlich, wonach durch einen organisationsrechtlichen Akt die Rechtsgrundlage der Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht geändert werden könnte¹⁾. Vielmehr legt die Begründung des BGH, nach der bis zum Erlaß eines die Rechtslage eindeutig klarstellenden Organisationsaktes die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sei, die Vermutung nahe, daß der BGH die allein erhebliche Frage, ob die Juristische Person des öffentlichen Rechts in ihrer Eigenschaft als Träger hoheitlicher Gewalt oder als Fiskus der Verkehrssicherungspflicht nachkommt, mit der Frage des Mittels der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verwechselt. Hierauf weist HEYEN²⁾, der im übrigen die Anwendung einer öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage ablehnt, überzeugend hin. Es kann zu den öffentlich-rechtlichen Pflichten einer Juristischen Person des öffentlichen Rechts gehören, eine im Gemeingebrauch stehende Sache in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß die hierfür aufgewandten Mittel selbst öf-

1) Vgl. SPANNER, S.19.

2) HEYEN in NJW 1955, 326 (327).

fentlich-rechtlicher Art sein müssen. So ist beispielsweise Inhalt der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht, eine schadhafte, verkehrsgefährdende Straßendecke auszubessern. Hierzu verpflichtet ist und bleibt die zuständige Juristische Person des öffentlichen Rechts, gleichgültig ob sie durch eigene Organe tätig wird oder einen diesbezüglichen Werkvertrag mit einem Dritten schließt. Wenn eine Juristische Person des öffentlichen Rechts zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht sich eines privaten Unternehmers bedient, wird sie deshalb nicht selbst zur Privatperson! Nur dem Unternehmer gegenüber tritt sie in dieser Eigenschaft auf. Auch soweit private Unternehmer als Verrichtungsgehilfen der verkehrssicherungspflichtigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit der Verkehrssicherung öffentlicher Straßen betraut werden, ist also die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht eine Obliegenheit der hoheitlichen Verwaltung. U n a b h ä n g i g v o n s o g . O r g a n i s a t i o n s a k t e n e r f o l g t d i e V e r k e h r s s i c h e r u n g d e r ö f f e n t l i c h e n S t r a ß e n i n A u s ü b u n g ö f f e n t l i c h e r G e w a l t . SPANNER¹⁾ bezeichnet deshalb zu Recht die Theorie des BGH vom sog. Organisationsakt als abwegig²⁾.

Demgegenüber vertritt HAUEISEN³⁾ den Standpunkt, schon in der Regelung der Straßenbaulast sei der vom BGH geforderte Organisationsakt zu erblicken, da mit dieser

1) SPANNER, S.19.

2) Ebenso ist nach der Ansicht von KRAFT (in DöV 1954, 521) die Theorie vom sog. Organisationsakt "überflüssig". THIERFELDER (in DöV 1960, 899) weist zutreffend darauf hin, daß eine Amtspflicht i.S.v. § 839 BGB nicht erst noch "begründet" werden muß.

3) HAUEISEN in NJW 1953, 1613.

Regelung auch die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht ihre rechtliche Ordnung erhalten habe. Über die öffentlich-rechtliche Regelung der Straßenbaulast hinaus könne deshalb kein weiterer Organisationsakt gefordert werden, um die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht als Aufgabe pflegender, fürsorglicher Verwaltung anzusehen. Dieser Rechtsauffassung kann jedoch aus zwei Gründen nicht beigespflichtet werden. Zum einen ist - wie oben ausgeführt - die Theorie des BGH vom sog. Organisationsakt als solche überhaupt verfehlt, zum anderen die von HAUEISEN gegebene Begründung dogmatisch nicht haltbar; denn es ist ein gedanklicher Fehlschluß, annehmen zu wollen, daß die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht mit der gesetzlich verankerten Straßenbaulast ihre rechtliche Grundlage erhalten habe. Vielmehr besteht die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht unabhängig von der Straßenbaulast und ist auch dem Rechtsgrunde nach von ihr verschiedenen¹⁾.

Somit bleibt festzustellen, daß der Theorie des BGH vom sog. Organisationsakt eine Anerkennung versagt bleiben muß²⁾; denn es ist nicht einzusehen, wieso ein organisationsrechtlicher Akt auf die Rechtsgrundlage der Haf-

-
- 1) Insoweit muß auf die Ausführungen in § 12 verwiesen werden.
 - 2) MEISS (in JZ 1959, 679) verteidigt die Lehre des BGH vom sog. Organisationsakt mit der Begründung, ob die Verkehrssicherungspflicht fiskalisch oder kraft Organisationsakt und einer an die Allgemeinheit gerichteten Erklärung erfüllt werde, betreffe ihre innere Seite, nämlich in welcher Erscheinungsform die zuständige Juristische Person des öffentlichen Rechts ihrer Verkehrssicherungspflicht genügen wolle. Die äußere Wirkung der Verkehrssicherungspflicht aber betreffe die Art und Weise und den Umfang ihrer Erfüllung, die nach der von der Sache ausgehenden Gefährdung für Dritte, nach der objektiven Gefahrenlage, bestimmt werde. Diese Ausführungen sind jedoch nicht recht verständlich.

tung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Straßen und Wege von Einfluß sein kann. Auch unabhängig von sog. Organisationsakten werden die zuständigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts bei Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig.

- § 19 Die Beschränkung der privatrechtlichen Haftung auf die infolge des nicht verkehrssicheren Zustandes der Straße entstehenden Schadensfälle

In Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung, wonach die Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege zwar auf dem öffentlichen Recht beruhe¹⁾, sich aber nicht erst aus einem besonderen Fürsorgeverhältnis, sondern schon und allein aus der Schaffung einer objektiven Gefahrenlage ableite²⁾, bei Verletzung dieser Rechtspflicht infolgedessen nur nach privatrechtlichen Grundsätzen gehaftet werden könne, ist eine spätere Entscheidung des BGH vom 4.6.1956³⁾ insofern von Bedeutung, als in ihr ausgeführt wird, die privatrechtliche Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht sei "nur anerkannt für Schäden aus der Gefahrenlage, die von dem öffentlichen Weg ausgeht". Der Anwendungsbereich der pri-

1) Urt.d.BGH v.8.5.1952 in DVBl. 1952, 626.

2) In seinem Urteil v.14.1.1954 (= BGHZ 12,95) vertritt der BGH den Standpunkt, die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht sei eine Obliegenheit, die "nicht erst aus einem besonderen Fürsorgeverhältnis der öffentlichen Hand zu den von ihrer Betätigung zufällig betroffenen Dritten" entspringe, sondern schon auf die Schaffung einer "objektiven Gefahrenlage" zurückzuführen sei. Auf die dogmatische Unhaltbarkeit dieser Rechtsauffassung ist bereits in § 5 hingewiesen worden.

3) = BGHZ 21, 48 (50).

vatrechtlichen Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht beschränke sich darauf, daß ein Verkehrsteilnehmer "infolge des nicht verkehrssicheren Zustandes der Straße" zu Schaden komme, sei es, daß die Straßenoberfläche schadhaft ist oder daß Sicherungsmaßnahmen wie beispielsweise das Streuen gegen Schneeglätte unterblieben sind. Der BGH erkennt die privatrechtliche Haftung der verkehrssicherungspflichtigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts also nur für Schäden aus solchen Gefahrenlagen an, die von der Beschaffenheit der öffentlichen Straße selbst ausgehen. Infolgedessen wandte er bei einem Straßenmeister, der die Verkehrsregeln auf einer Dienstfahrt nicht beachtete und dadurch einen Verkehrsteilnehmer verletzte, § 839 BGB i. Verb.m. Art. 34 GG als Haftungsgrundlage an. Das ist richtig!

Aber auch hier muß die Frage gestellt werden, wieso es gerechtfertigt sein soll, den Sachverhalt rechtlich jeweils unterschiedlich zu beurteilen, ob ein Dritter wegen des nicht verkehrssicheren Zustandes einer Straße oder durch die Nichtbeachtung von Verkehrsregeln seitens eines Straßenbaubediensteten zu Schaden kommt. Ob es sich nun darum handelt, die Straße selbst verkehrssicher zu erhalten oder ob sonstige Maßnahmen im Zusammenhang mit dieser Aufgabe durchgeführt werden, in jedem Falle handelt es sich um die Wahrnehmung *h o h e i t l i c h e r* Aufgaben im Bereich der Straßenbauverwaltung¹⁾.

Besser als theoretische Erörterungen vermögen es praktische Beispiele treffend zu veranschaulichen, zu welchen untragbaren Ergebnissen die Rechtsauffassung des BGH in praxi führen würde. Wenn ein Schüler beim Geräteturnen in der Turnhalle sich verletzt und diese Verletzung auf mangelnde Aufsichtsführung des Turnlehrers

1) NEDDEN in NJW 1956, 1835 (1836).

(z.B. fehlende Hilfestellung) zurückzuführen ist, so haftet der Träger der Schule nach einhelliger Meinung gemäß § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG; denn es gehört zu den einem Lehrer obliegenden Amtspflichten, die Schüler während des Unterrichts genügend zu beaufsichtigen¹⁾. Ist die Ursache der Verletzung dagegen das schadhafte Sprunggerät selbst, so könnte der Schüler seinen Schadensersatzanspruch nur auf die §§ 823 Abs.1, 831, 89, 31 BGB stützen. Ein anderer Schüler bricht sich beim gemeinsamen Hineingehen in die Klasse auf der Schultreppe ein Bein. Wird festgestellt, daß er sich den Beinbruch infolge des Fehlens der vorgeschriebenen Aufsicht zugezogen hat, so dringt er mit seinem Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung in Ausübung öffentlicher Gewalt durch. Ist der Sturz dagegen auf ausgetretene oder sonst schadhafte Treppenstufen, also auf den nicht verkehrssicheren Zustand der Treppe, zurückzuführen, so müßte er seinen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs.1 BGB herleiten.

Diese Beispiele könnten noch beliebig vermehrt werden. Sie beweisen jedoch schon hinreichend, daß die vom BGH vertretene Rechtsauffassung in konsequenter Anwendung zu untragbaren Ergebnissen führt. Es ist wirklich nicht einzusehen, warum ein Schüler, der auf einer schadhaften Schultreppe stürzt, haftungsrechtlich anders gestellt werden soll als ein anderer, dessen Verletzung auf mangelnde Aufsichtsführung des Lehrers zurückzuführen ist. Der Schüler steht dem Träger der Schule in dem einen Fall genau so als Geschädigter und Ersatzberechtigter

1) statt vieler: Urt.d.LG Hagen v.2.4.1954 (2 O 554/53) in Schulrecht, Leitzahl 14, S.303 (306); Urt.d.BGH v.27.1.1958 = MDR 1958, 509.
In diesem Zusammenhang sei auf den beachtenswerten Aufsatz von PFRETZSCHNER in ZBR 1956, 399 hingewiesen.

gegenüber wie in dem anderen¹⁾. Wenn ein Schüler für die Dauer seiner Schulausbildung in einem besonderen Gewaltverhältnis zu dem Träger der Schule steht, so folgt hieraus die Fürsorgepflicht. Diese öffentlich-rechtliche Fürsorgepflicht besteht gegenüber dem Schulbesucher als eine im Rahmen der öffentlichen Gewalt liegende Amtspflicht im Sinne des § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG²⁾. Ob es sich nun um Mängel der Schuleinrichtungen oder um die Nichtbeachtung der Aufsichtspflicht handelt, in dem ersten Fall kann die Fürsorgepflicht in ihrer rechtlichen Ausgestaltung nicht anders sein als in dem zweiten.

Wohl in Anbetracht dieser unbillig erscheinenden Ergebnisse ist auch der BGH von seiner in der Entscheidung vom 4.6.1956 zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung insofern abgewichen, als er - einer späteren Entscheidung des RG³⁾ folgend - bei einem Unfall, der auf ein schadhaftes Turnreck, also auf den nicht verkehrssicheren Zustand dieses Gerätes, zurückzuführen war, einer Schadensersatzklage aus § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG stattgab, und zwar mit der Begründung, bei der Pflicht

-
- 1) FRIEBE in Staats- und Selbstverwaltung 1939, S. 285 (286).
 - 2) unstreitig: z. B. Urt. d. RG v. 3.5.1940 in Seuff. Arch. Bd. 94, Nr. 57; v. 26.9.1941 in Seuff. Arch. Bd. 96, Nr. 8.
 - 3) So führt das RG im Urt. v. 26.9.1941 (in Deutsches Recht 1941, S. 2561) unter Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung aus, die Zurverfügungstellung und Herrichtung eines Schulgebäudes nebst den dazugehörigen Anlagen hinsichtlich möglicher Unfälle von Lehrern und Schülern sei aus dem Gesichtspunkt der privatrechtlichen Verkehrssicherungspflicht nur dann zu beurteilen, soweit es sich um die Sicherung des Schulgrundstücks in der Weise handle, wie sie jedem Eigentümer eines dem Verkehr eröffneten Grundstücks obliege. Soweit dagegen das Schulgebäude mit den Nebenanlagen an die besonderen Zwecke der Schule angepaßt werde, sei dies Inhalt der öffentlichen Fürsorgepflicht und damit § 839 BGB i. Verb. m. Art. 131 WRV als Anspruchsgrundlage anzuwenden. Zur früheren Rechtsprechung des RG zu dieser Frage: FRIEBE in Verw. Arch. Bd. 47 (1942), S. 77 (84).

zur Überwachung der Turngeräte einer Schule handele es sich nicht um die allgemeine Verkehrssicherungspflicht, die nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sei, sondern im Verhältnis zu den Schülern um eine öffentlich-rechtliche Fürsorgepflicht, die eine im Rahmen der öffentlichen Gewalt liegende Amtspflicht sei¹⁾. Ebenso hat der BGH in einer neueren Entscheidung vom 14.12.1959²⁾ unter stillschweigender Preisgabe der im Urteil vom 4.6.1956 aufgezeigten Grenzziehung für die Folgen eines Unfalls, den ein Strafgefangener bei der Benutzung des in der Strafanstalt befindlichen Brausebades durch Ausrutschen auf dem schadhafte Fußboden erlitten hat, die Amtshaftungsbestimmungen für anwendbar erklärt.

Nun könnte mit Recht darauf hingewiesen werden, daß die Rechtslage hier insofern eine andere ist, als sich aus den besonderen Gewaltverhältnissen³⁾ für den Staat eine

- 1) Urt.d.BGH v.21.1.1957 in VersR 1957, S.201 (202). Vgl. auch Urt.d.BGH v.4.7.1960 in ABl.d.KultMin.v.NRW 1960, S.147 (148), in dem der BGH diese Frage offen läßt.
- 2) = VersR 1960, S.497. Darin führt der BGH aus, dem Gefangenen stände ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung dann zu, wenn den Beamten des beklagten Landes schuldhaft Fürsorgepflichtverletzungen vorzuwerfen wären.
- 3) Zu den besonderen Gewaltverhältnissen im allgemeinen: WOLFF, Lehrbuch, § 32 IV c 3; KRÜGER in VVDStRL, Heft 15, S.109 ff; ULE in VVDStRL, Heft 15, S.133 ff. Zur Rechtsstellung der Strafgefangenen ausführlich: JACOBI in Ztschr.f.d.ges.Strafrechtswissenschaft, Bd. 50 (1930), S.376 (385 ff); MITTERMAIER, S.12. Zu beachten ist, daß das öffentliche Gewaltverhältnis der strafweisen Freiheitsentziehung nicht ein öffentlich-rechtliches Fürsorgeverhältnis zum Gegenstand hat, die Pflicht des Staates zur Fürsorge gegenüber dem Strafgefangenen sich vielmehr nur als Nebenpflicht aus der bloßen Tatsache der Freiheitsentziehung ergibt. Die Fürsorgepflicht ist hier also nicht eigentlicher Inhalt des Gewaltverhältnisses, was zur Folge hat, daß die Pflicht des Staates zur Gesundheitsfürsorge gegenüber den Strafgefangenen lediglich eine Amtspflicht i.S. des § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG ist. Die sinn-gemäße Anwendung schuldrechtlicher (nichtdeliktischer)

Verpflichtung gegenüber den Gewaltunterworfenen zur Gesundheitsfürsorge ergibt. Ob es sich aber um die Verkehrssicherung im Bereich besonderer Gewaltverhältnisse oder um die Verkehrssicherung öffentlicher Straßen handelt, in beiden Fällen ist sie eine Obliegenheit der hoheitlichen Verwaltung. Eine unterschiedliche Beurteilung in der Haftung erscheint hier nicht gerechtfertigt.

Diese Entscheidungen und die angeführten Beispiele machen es hinreichend deutlich, daß es für die Frage nach der Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nicht entscheidend darauf ankommen kann, ob die Gefahr in concreto von dem Zustand einer Sache selbst ausgeht oder nicht. Maßgebliches Kriterium ist vielmehr der rechtliche Charakter der im Einzelfall zu erfüllenden Verkehrssicherungspflicht. Da dieser Rechtspflicht, soweit sie sich auf öffentliche Straßen und Wege bezieht, öffentlich-rechtlicher Charakter zukommt, werden die zuständigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts bei ihrer Erfüllung auch in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig.

- § 20 Die Abgrenzung der Aufgaben der Straßenverkehrsbehörden von denen der Straßenbaubehörden nach der Neufassung des § 3 Abs.4 StVO

Die Annahme einer privatrechtlichen deliktischen Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffent-

Vorschriften - wie z.B. im Beamtenrecht § 79 BBG (früher § 36 DBG); BGHZ 10,303 (306), 14,122 (137) - kommt für Pflichtverletzungen daneben nicht in Betracht (Urt.d.BGH v.9.7.1956 = BGHZ 21,220).
Vgl.Urt.d.BGH v.13.12.1951 = BGHZ 4,138 (150).

lichen Straßen zwingt die Rechtsprechung auch zu der Notwendigkeit, zwischen den Aufgaben der Straßenverkehrsbehörden¹⁾ (Verkehrsregelung) und denen der Straßenbaubehörden²⁾ (Verkehrssicherung) scharf abzugrenzen; denn Maßnahmen der Straßenverkehrsbehörden - hier kommt es vor allem auf das Aufstellen von Verkehrszeichen an - können keineswegs nach privatrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden, weil hier jedes privatrechtliche Element fehlt. Es besteht in Lehre³⁾ und Rechtsprechung⁴⁾ Übereinstimmung darüber, daß die aus der StVO und der StVZO sich ergebenden und der zuständigen Straßenverkehrsbehörde obliegenden Pflichten, für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf den öffentlichen Straßen zu sorgen, in Ausübung öffentlicher Gewalt erfüllt werden und deshalb die Vorschriften über die Amtshaftung Anwendung finden, wenn ein Verkehrsteilnehmer durch schuldhafte Versäumung oder fehlerhafte Ausübung dieser Pflichten zu Schaden kommt.

-
- 1) Legaldefinition der Straßenverkehrsbehörde: § 47 Abs. 1 Satz 1 StVO.
WOLFF (Lehrbuch, § 57 III a 1) verwendet weiterhin den herkömmlichen Begriff "allgemeine Wegeordnungsbehörde".
 - 2) Straßenbaubehörden sind nach der Legaldefinition des § 47 Abs. 4 StVO Behörden, die die Aufgaben des beteiligten Trägers der Straßenbaulast nach den gesetzlichen Bestimmungen wahrnehmen, m.a.W. die Juristischen Personen des öffentlichen Rechts, denen die faktische Straßenbaulast obliegt.
 - 3) MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm. 4; WUSSOW, S. 73; ESSER, Lehrbuch, S. 872.
 - 4) Urt. d. RG v. 13.7.1928 = RGZ 121, 404 (405); v. 15.12.1939 = RGZ 162, 273; Urt. d. BGH v. 3.7.1952 = NJW 1952, 1214 = VRS 4, 498; Urt. d. BGH v. 9.3.1959 = MDR 1959, 555.

Nach der alten Fassung des § 3 Abs.4 StVO¹⁾ trug die Verantwortung für die Bestimmung, wo und welche Verkehrszeichen anzubringen sind, ausschließlich die zuständige Straßenverkehrsbehörde²⁾. Sache der verkehrssicherungspflichtigen Straßenbaubehörde war es nach § 3 Abs.3 StVO lediglich, diese Verkehrszeichen zu beschaffen, anzubringen und zu unterhalten. Damit hatte der Gesetzgeber eine scharfe Trennung zwischen den Pflichten der Straßenverkehrsbehörden und denen der Straßenbaubehörden herbeigeführt. Fehlten notwendige Verkehrszeichen, und erlitt ein Verkehrsteilnehmer infolgedessen einen Unfall, dann richtete sich die infrage kommende Haftungsgrundlage danach, auf wessen Pflichtverletzung dies zurückzuführen war. Hatte die zuständige Straßenverkehrsbehörde es unterlassen, die Aufstellung eines Verkehrszeichens zu bestimmen, so konnte der Geschädigte seinen Schadensersatzanspruch auf § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG stützen. War eine solche Bestimmung jedoch getroffen worden, und fehlte es lediglich an der tatsächlichen Durchführung der getroffenen Anordnung, so haftete die zuständige Straßenbaubehörde nach § 823 Abs.1 BGB.

-
- 1) § 3 Abs.4 StVO hatte bis zum Inkrafttreten (1.9.1953) der Verordnung zur Änderung der StVZO und der StVO v. 24.8.1953 (BGBl.I, S.1143) folgenden Wortlaut:
"Wo und welche Verkehrszeichen aufzustellen sind, bestimmen die Verkehrspolizeibehörden, in Zweifelsfällen nach Anhörung der Träger der Straßenbaulast und Sachverständiger aus Kreisen der Verkehrsteilnehmer".
- 2) Vgl. Urt.d.BGH v.3.7.1952 in NJW 1952,1214.
Auch das RG hat in seinem Urt.v.15.12.1939 (= RGZ 162,277) entgegen einer im Urt.v.9.2.1937 (= RGZ 154, 25) gemachten Unterscheidung zwischen Verbotsschildern und reinen Warnzeichen die ausschließliche Verantwortung der Straßenverkehrsbehörden für die Bestimmung von Verkehrszeichen bejaht.
A.A.: CREMER in VAE 1939, 142 (143).

Die Unbilligkeit dieser Rechtsauffassung liegt auf der Hand, weil sie zu einer insbesondere von KACZMARZYK¹⁾ bemängelten verschiedenartigen rechtlichen Beurteilung im wesentlichen gleichgelagerter Sachverhalte führt. Wenn das Fehlen eines notwendigen Verkehrszeichens die Ursache eines Verkehrsunfalles ist, dann kann die Haftungsgrundlage für den Schadensersatzanspruch des Geschädigten nicht unterschiedlich sein und von der Frage abhängen, worauf das Fehlen des Verkehrszeichens letztlich zurückzuführen ist. Die Ursache des Fehlens eines Verkehrszeichens mag für die Passivlegitimation von ausschlaggebender Bedeutung sein, nicht aber für die Rechtsgrundlage des Schadensersatzanspruches.

Die Neufassungen des § 3 Abs.4 StVO²⁾ sowie die neuen

1) KACZMARZYK, S.172 ff.

2) § 3 Abs.4 StVO hat durch die Verordnung zur Ausführung der StVZO und der StVO v.24.8.1953 (BGBl.I, S. 1143) und durch die Verordnung zur Änderung von Vorschriften des Straßenverkehrsrechts v.14.3.1956 (BGBl.I, S.206) jetzt (seit 1.5.1956) folgenden Wortlaut:
"Wo und welche Verkehrszeichen oder Verkehrseinrichtungen anzubringen sind, bestimmen die Straßenverkehrsbehörden nach Anhörung der Polizei und der Straßenbaubehörden, in Zweifelsfällen auch nach Anhörung Sachverständiger aus Kreisen der Verkehrsteilnehmer. Wenn die Sicherheit des Verkehrs durch den Zustand der Straße gefährdet wird, bestimmen die Straßenbaubehörden, wo und welche Warnzeichen anzubringen sind, soweit die Straßenverkehrsbehörden keine anderen Anordnungen treffen. Bei Straßenbauarbeiten und zur Verhütung von außerordentlichen Schäden an der Straße, die durch deren baulichen Zustand bedingt sind, können die Straßenbaubehörden, vorbehaltlich anderer Anordnungen der Straßenverkehrsbehörden, auch Geschwindigkeits- oder Gewichtsbeschränkungen, Verkehrsverbote und Verkehrsumleitungen für Fahrzeuge anordnen".

Straßen- und Wegegesetze¹⁾ haben nun auch den Straßenbaubehörden die Befugnis eingeräumt, aus eigener Initiative Verkehrszeichen aufzustellen, um auf einen nicht verkehrssicheren Zustand der Straße hinzuweisen oder den Gemeingebrauch zu beschränken, wenn dies wegen des baulichen Zustandes zur Vermeidung außerordentlicher Schäden an der Straße notwendig ist. Hiernach steht fest, daß die Straßenbaubehörden, vorbehaltlich anderer Anordnungen der Straßenverkehrsbehörden, nicht nur das Aufstellen von Warnzeichen, sondern - in bestimmten Ausnahmefällen - auch das Aufstellen von Verbotszeichen b e s t i m m e n können, und daß sie hierzu kraft der ihnen zugewiesenen Aufgaben auch verpflichtet sind. Die auf der alten Fassung des § 3 Abs.4 StVO beruhende scharfe Trennung der Pflichten der Straßenverkehrsbehörden (Verkehrsregelung) von denen der Straßenbaubehörden (Verkehrssicherung) und die damit verbundene unterschiedliche Beurteilung der dem Geschädigten zur Verfügung stehenden Anspruchsgrundlage läßt sich somit seit der Neufassung dieser Vorschrift erst recht nicht mehr aufrecht erhalten. Die Straßenbaubehörden haben heutzutage nicht nur die Verkehrszeichen zu beschaffen, anzubringen und zu unterhalten, sondern sie haben unter den in § 3 Abs.4 Satz 2 und 3 StVO genannten Voraussetzungen auch das Recht und die Pflicht, die Anbringung von Verkehrszeichen zu bestimmen. Da sie für die öffentlichen Straßen und Wege verkehrssicherungspflichtig sind, mußte ihnen auch die Möglichkeit gegeben werden, auf einen nicht verkehrssicheren Zustand einer Straße, der im Augenblick mit anderen Mitteln nicht beseitigt werden kann, durch Verkehrszeichen

1) § 3 Abs.1 Satz 3 BFStrG; § 7 Abs.2 Satz 3 berlStrG; Art.9 Abs.1 Satz 3 bayStrWG; § 13 Abs.3 Satz 2 hmbWG; vgl. § 10 Abs.1 Satz 3 nwlStrGE.

hinzuweisen¹⁾. Keinesfalls kann aber ein- und derselbe Vorgang, nämlich die Aufstellung eines Verkehrszeichens, nur deshalb rechtlich verschieden - einmal als privatrechtliche, das andere Mal als hoheitliche Tätigkeit - beurteilt werden, weil einmal die Straßenbaubehörde, das andere Mal die Straßenverkehrsbehörde tätig wird²⁾. Vielmehr ergehen alle Anordnungen für das Aufstellen von Verkehrszeichen in Ausübung öffentlicher Gewalt³⁾. Die Regelung der Zuständigkeit, ob also die Straßenverkehrsbehörde oder die Straßenbaubehörde die Bestimmung über die aufzustellenden Verkehrszeichen zu treffen hat, kann keinen Unterschied machen und die gleiche Tätigkeit einmal als öffentlich-rechtliche und das andere Mal als privatrechtliche charakterisieren. Das muß um so mehr gelten, als rechtlich den von der Straßenbaubehörde aufgestellten Verkehrszeichen dieselbe Bedeutung zukommt wie den auf Veranlassung der Straßenverkehrsbehörde aufgestellten⁴⁾. In jedem Falle macht sich ein Verkehrsteilnehmer gemäß §§ 3 Abs.1, 49 StVO strafbar, wenn er die durch amtliche Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen nicht beachtet.

-
- 1) Zur Literatur: MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.9; NEDDEN in DöV 1956, 14 (16); MÜLLER, zu § 3 StVO, Anm.16; FLOEGEL-HARTUNG, zu § 3 StVO, Anm.13 b; WUSSOW, S.79.
 - 2) MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.4; NEDDEN in NJW 1956, 1014 (1016); GRAMM in PALANDT, zu § 823 BGB, Anm.8 b.
 - 3) CREMER in VAE 1939, 142 (144); MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.4.
 - 4) MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.4; NEDDEN in NJW 1956, 1014.

Erfolgt demnach das Aufstellen eines Verkehrszeichens in Ausübung öffentlicher Gewalt, gleichgültig, ob von der Straßenverkehrsbehörde oder von der Straßenbaubehörde die Anordnung getroffen wird, so kann die sonstige Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen nicht anders (privatrechtlich) beurteilt werden. Wer dies mit welcher Begründung auch immer in Abrede stellt, verläßt nicht nur den Boden einer dogmatischen Rechtsbegründung, sondern ebnet darüber hinaus auch den Weg für offensichtlich unhaltbare Schlußfolgerungen, was durch ein Beispiel am besten veranschaulicht wird.

Die Gemeinden sind kraft der ihnen obliegenden Verkehrssicherung verpflichtet, im Winter die Ortsstraßen schnee- und eisfrei zu halten. Fällt jedoch soviel Schnee, daß es ihnen nicht zugemutet werden kann, sämtliche ihrer Verwaltung unterstehenden öffentlichen Straßen in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten, so erfordert es die Verkehrssicherungspflicht, bei Straßen von untergeordneter Bedeutung für den allgemeinen Verkehr durch Verkehrszeichen auf einen besonders gefährlichen Zustand hinzuweisen und gegebenenfalls unpassierbar gewordene Straßen vorübergehend zu sperren. Soll es nun gerechtfertigt erscheinen, dem Geschädigten bei Vernachlässigung der (verkehrsmäßigen) Reinigungs- und Streupflicht einen Anspruch aus § 823 Abs.1 BGB, im anderen Falle wegen Fehlens eines notwendigen Verkehrszeichens einen Anspruch aus § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG zuzusprechen? Niemand wird die Unbilligkeit eines solchen Ergebnisses ernsthaft bestreiten und diese sich ergebenden Folgerungen in Kauf nehmen wollen.

Wenn der BGH¹⁾ schon anerkennt, daß Maßnahmen der Verkehrsregelung und der Verkehrssicherung in einem inneren Zu-

1) Urt. v. 30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (388).

sammenhang stehen und aufeinander abgestimmt sein müssen, einzelne Maßnahmen zugleich sowohl der Erfüllung der Verkehrssicherung als auch der Verkehrsregelung dienen können, die Verwaltung eines Lebensbereichs eine Einheit bildet¹⁾, und daß auch die Herstellung und Unterhaltung der öffentlichen Verkehrswege zu Lande und zu Wasser "unter öffentlichem Recht steht und hoheitlich bewältigt wird, also Teil der öffentlichen Verwaltung ist"²⁾, dann ist wirklich kein Grund mehr dafür ersichtlich, die Haftung bei Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen³⁾. Deshalb sollte sich der BGH gerade auch im Hinblick auf die Neufassung des § 3 Abs.4 StVO veranlaßt sehen, seine Rechtsauffassung zur Frage der Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Verkehrswegen einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.

§ 21 Die Tendenz der Rechtsprechung zur Preisgabe der bisherigen Rechtsauffassung

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß der BGH im wesentlichen noch an der ständigen Rechtspraxis des RG festhält und § 823 Abs.1 BGB als Haftungsgrundlage

-
- 1) Diesen Gedanken hat das RG wiederholt anerkannt:
z.B. Urt.v.23.11.1937 = RGZ 156, 220 (230); Urt.v.
13.5.1938 = RGZ 158, 83 (93);
vgl. auch Urt.d.OLG Hamburg v.2.12.1952 in MDR 1953,
167 (169).
 - 2) Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (389).
 - 3) MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.4; NEDDEN in NJW 1956,
1014 (1015); HURST, S.880 (885).

bejaht¹⁾. Dennoch ist eine gewisse Lockerung des Rechtsstandpunktes nicht zu verkennen. Wenn auch nur zögernd, so zeichnet sich doch auch in der Rechtsprechung des BGH die Tendenz ab, den bisherigen starren Standpunkt zur Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen zu lockern. Ist schon die ausführliche Entscheidung vom 30.4.1953²⁾ bemerkenswert, weil der BGH in ihr zum ersten Mal die Auffassung vertritt, daß die Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht im Einzelfall die Verletzung einer Amtspflicht sein kann, und ist das spätere Urteil vom 4.6.1956³⁾ insofern bedeutungsvoll, als der BGH hier die privatrechtliche Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nur anerkennt für Schäden aus der Gefahrenlage, die von der öffentlichen Straße selbst ausgeht, so haben zwei weitere Entscheidungen vom 19.5.1958⁴⁾ und vom 30.5.1960⁵⁾ vornehmlich wegen ihrer Ausführungen über das Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht zu den Pflichten

1) Erstmals v.8.5.1952 = DVBl 1952, 626 = NJW 1952, 1089 = DAR 1952, 133; Urt.v.9.6.1952 = BGHZ 6, 195 (für Landstraßen II. Ordnung); bedeutendes Urt.v.30.4.1953 = BGHZ 9, 373 (für öffentliche Wege- und Wasserstraßen); Urt.v.15.6.1954 = BGHZ 14, 83 = NJW 1954, 1403 = MDR 1954, 601 = VRS 7, 84 (für Landstraßen II. Ordnung); Urt.v.30.12.1954 = BGHZ 16, 95 (für Bundesstraßen); Urt.v.9.2.1956 = BGHZ 20, 57 = DöV 1956, 478 = NJW 1957, 946 (für Schleusen); Urt.v.19.1.1959 = MDR 1959, 374 (für Straßenbäume); Urt.v.5.4.1960 = VersR 1960, 636 (für die Beleuchtung eines Splitthaufens); Urt.v.30.1.1961 = NJW 1961, 868 (für Friedhöfe).
So auch die Rspr. der unteren Gerichte: Urt.d.OLG Hamburg v.5.3.1954 = VersR 1954, 193; Urt.d.OLG Karlsruhe v.16.12.1955 = BB 1956, 159; Urt.d.LG Wiesbaden v.20.5.1958 = MDR 1959, 126; Urt.d.LG München v.4.6.1958 = MDR 1959, 125; Urt.d.OLG Frankfurt v.8.7.1958 = MDR 1959, 126; Urt.d.OLG Köln v.12.5.1959 = MDR 1959, 1011.

2) BGHZ 9, 373 (387).

3) BGHZ 21, 48 (50).

4) BGHZ 27, 278 = VwRspr. Bd.10, S.826 = NJW 1958, 1234.

5) BGHZ 32, 352 = NJW 1960, 1810 = MDR 1960, 827 = VRS 19, 162.

aus dem Preußischen Wegereinigungs-gesetz für die aufgezeigte Tendenz erhöhte Beweiskraft. Wollte der BGH bisher die Verletzung der Streupflicht immer unter dem Gesichtspunkt der aus § 823 Abs.1 BGB hergeleiteten Verkehrssicherungspflicht bzw. - soweit gesetzliche Bestimmungen vorlagen - als einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs.2 BGB gewürdigt wissen, so erklärte er in dieser Entscheidung die Amtshaftungsgrundsätze für das Geltungsgebiet des Preußischen Wegereinigungs-gesetzes für anwendbar. Das Urteil bringt daher eine bemerkenswerte Fortentwicklung. Zu bedauern ist nur, daß der BGH den Anwendungsbereich von § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG auf das Preußische Wegereinigungs-gesetz beschränkt, indem er den Standpunkt vertritt, daß nur die "p o l i z e i m ä ß i g e" Wegereinigung unter das öffentliche Recht falle und als hoheitliche Betätigung anzusehen sei. Es kann aber rechtlich keinen Unterschied machen, ob die Streupflicht von einer Gemeinde als "polizeiliche" Aufgabe, also kraft gesetzlicher Vorschrift, oder auf Grund der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht wahrgenommen wird¹⁾. Zudem muß mit Hans J. WOLFF²⁾ die hier vorgenommene Unterscheidung³⁾

1) hierzu vor allem NEDDEN in NJW 1958, 1819 und FREUND in NJW 1961, 586 (587).

2) WOLFF, Lehrbuch, § 57 IV a 1.

3) bisher:

Wegereinigungspflicht kraft öffentl.-rechtl. Verkehrssicherungspflicht: stets § 823 Abs.1 BGB. Wegereinigungspflicht kraft Gesetzes (z.B. pr. WegereinigungsG): stets § 823 Abs.2 BGB

jetzt nach BGHZ 27,278 (282/283) u. BGHZ 32,352:

Wegereinigungspflicht kraft öffentl.-rechtl. Verkehrssicherungspflicht: stets § 823 Abs.1 BGB. Wegereinigungspflicht kraft Gesetzes (z.B. pr. WegereinigungsG):

zwischen der Pflichtverletzung eines verfassungsmäßig berufenen Organs der Gemeinde und der eines mit der Durchführung der Wegereinigung betrauten Beamten als inkonsequent und verfehlt bezeichnet werden.

Aber nicht nur in der Rechtsprechung des BGH, sondern vereinzelt auch bei den unteren Gerichten ist eine gewisse Tendenz zur Abkehr von der bisherigen Rechtsauffassung festzustellen¹⁾. So hat das LG Bonn in einem Urteil vom 17.12.1952²⁾ die Haftung der Bundespost für den verkehrssicheren Zugang zu den Posträumen auf § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG gestützt und zur Begründung ausgeführt, die Erfüllung dieser Verkehrssicherungspflicht stelle eine hoheitliche Tätigkeit dar. Die Eröffnung des Verkehrs zu einer neuen Poststelle und die damit verbundenen Pflichten zur Verkehrssicherung müßten ebenso wie die Amtstätigkeit der Poststelle selbst zum hoheitlichen Wirkungsbereich der Post gerechnet werden. Da nach jetziger Rechtsauffassung fast alle wesentlichen postalischen Aufgaben in Ausübung öffentlicher Gewalt erfüllt werden, erscheine diese Auffassung auch für die Verkehrssicherung der Zugänge zu Posträumen als wohlbegründet. Bedauerlicherweise konnte sich das LG Bonn mit seiner Rechtsansicht nicht durchsetzen. Die Berufungs-

-
- a) die nach dem Gemeindeverfassungsrecht berufenen Organe der Gemeinde haben die für diese gemeindliche Aufgabe verantwortlichen Bediensteten nicht bestimmt: § 823 Abs.2 BGB (Organisationsmangel);
b) die Bediensteten sind bestimmt worden, jedoch erfüllen sie nicht die ihnen übertragenen Aufgaben: § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG (Amtspflichtverletzung).

Zu a) und b) ausführlich: FREUND in NJW 1961, 586; EVERS in JuS 1961, 125 (126).

- 1) Die Ausübung öffentlicher Gewalt bei Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht auf den Wasserstraßen bejaht das OLG Stuttgart (Nebenstelle Karlsruhe) im unveröffentl. Urt.v. 17.5.1950 (1 U 53/60). Ebenso unveröffentl. Urt.d.LG Mannheim v.25.5.1951 (1 C 1/50). Hierzu LINDECK in Ztschr.f.Binnenschifffahrt 1952,S.14.
2) MDR 1953, 486.

instanz¹⁾ hat unter Hinweis auf die ständige Rechtspraxis die Ausübung öffentlicher Gewalt bei der Verkehrssicherung von Posträumen verneint.

Ein Urteil des OLG Celle vom 22.5.1957²⁾, das sich mit der Verkehrssicherung auf dem Gebiete des Naturschutzes befaßt, verdient in diesem Zusammenhang besonders hervorgehoben zu werden. Geht von einem unter Naturschutz stehenden Straßenbaum eine Gefahr aus, so kann der Eigentümer oder Besitzer des Baumes diese nicht ohne weiteres dadurch beseitigen, daß er den Baum beseitigt oder seine morschen Äste entfernt; denn bei den eingetragenen Naturdenkmälern³⁾ sind ihm durch § 16 Abs.1 RNatSchG⁴⁾ sowie durch die im Einzelfall meistens ergehenden Schutzverordnungen alle wesentlichen Eingriffe in die geschützten Gegenstände verboten. Folglich kann der Eigentümer oder Besitzer des Baumes auch nicht wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht haftbar gemacht werden⁵⁾. Stattdessen haben gemäß § 9 Abs.1 Satz 2 RNatSchDVO die Natur-

1) unveröffentl. Urt.d.OLG Köln v.26.10.1953 (7 U 18/53).

2) NJW 1957, 1637.

3) zum Begriff des Naturdenkmals: § 3 RNatSchG.

4) Das RNatSchG v.26.6.1935 mit seinen mehrfachen Änderungen und Durchführungsverordnungen ist nach wie vor geltendes Recht. Der bisherige Streit, ob das RNatSchG als Bundesrecht oder als Landesrecht weitergilt, dürfte nunmehr durch den Beschluß des BVerfG v.14.10.1958 (in NJW 1959, 237) beigelegt sein. Danach gilt das RNatSchG nicht als Bundesrecht fort und wird die bisherige Auffassung des BVerwG (Urt.v.26.3.1955 = BVerwGE 2,35; v.21.6.1956 = BVerwGE 3,335 (336); v.12.7.1956 = BVerwGE 4,57 (58)), wonach die materiellen Bestimmungen des RNatSchG als Bundesrecht, die organisatorischen dagegen als Landesrecht weitergelten würden, nicht gebilligt.

5) Wohl obliegt dem Eigentümer oder Besitzer die in § 9 Abs.1 Satz 2 RNatSchDVO verankerte Meldepflicht, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht nach sich zieht (§ 9 Abs.1 Satz 2 RNatSch DVO = Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs.2 BGB).

schutzbehörden für die ordnungsgemäße Erhaltung der Naturdenkmale zu sorgen¹⁾.

Von dieser gesetzlichen Grundlage ausgehend, vertritt das OLG Celle den Standpunkt, die der unteren Naturschutzbehörde durch § 9 Abs.1 Satz1 RNatSchDVO zur Pflicht gemachte Sorge für die ordnungsgemäße Erhaltung geschützter Naturdenkmale bezwecke zwar nach der Zielrichtung des RNatSchG in erster Linie den Schutz ihres Naturwertes im Interesse der Allgemeinheit. Da aber Maßnahmen zur Erfüllung dieser Sorgfaltspflicht in aller Regel gleichzeitig der Abwehr von den Verkehrsteilnehmern drohenden Gefahren dienen, enthalte § 9 Abs.1 Satz 1 RNatSchDVO auch die Verpflichtung der Naturschutzbehörden, dafür Sorge zu tragen, daß von einem Naturdenkmal keine Gefahr für Leib, Leben und Sachgüter einzelner Personen ausgehe. Diese im Bereich des Naturschutzes vom Eigentümer auf die Naturschutzbehörden verlagerte Verkehrssicherungspflicht werde hoheitlich bewältigt, ein Verstoß gegen sie enthalte die Verletzung einer Amtspflicht, und es komme deshalb als Haftungsgrundlage § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG in Betracht²⁾.

Diese Entscheidung ist zu begrüßen, zumal sie gleichzeitig der bisherigen überkommenen Rechtsprechung kritisch die Frage vorlegt, wieso eine unterschiedliche Haftungsgrundlage gerechtfertigt sein soll, je nachdem die Naturschutzbehörden oder andere Juristische Personen des öffentlichen Rechts die ihnen obliegende Verkehrssiche-

1) hierzu: WEBER-SCHOENICHEN, zu § 16 RNatSchG, Anm.8; WIETHAUP in RdL 1957, 29 (31); vgl. KLOSE-VOLLBACH, S.57 u. 60.

2) ebenso unveröffentl. Urt.d.OLG Celle v.27.6.1959 (3 U 153/58); WEBER-SCHOENICHEN, zu § 16 RNatSchG, Anm.18; WEBER in ABt. d. KultMin. v. NRW v. 1.2.1950, S.59.

rungspflicht verletzt haben. Ob der einen
Straßenpassanten verletzende
morsche Zweig von einem unter
Naturschutz stehenden Straßen-
baum herabfällt oder von einem
anderen nicht durch das Reichs-
naturschutzgesetz geschützten,
kann haftungsrechtlich nicht
zu verschiedenen Anspruchsgrund-
lagen führen. In beiden Fällen bezieht sich
die Verkehrssicherungspflicht auf eine öffentliche Sache
im Gemeingebrauch, in beiden Fällen obliegt sie kraft
Gesetzes¹⁾ einer Juristischen Person des öffentlichen
Rechts und ist damit eine Obliegenheit der hoheitlichen
Verwaltung.

Angesichts der dogmatischen Verfehltheit der höchst-
richterlichen Rechtsprechung zur Frage der Haftungsgrundlage
bei Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssiche-
rungspflicht, und unter Berücksichtigung der unbillig
erscheinenden Ergebnisse bleibt zu hoffen, daß die Ten-
denz der Rechtsprechung zur Abkehr von ihrer bisherigen
Rechtsauffassung sich weiter verstärkt, also anerkannt
wird, daß die Verkehrssicherung der öffentlichen Ver-
kehrswege in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt.

1) § 9 Abs.1 Satz 1 RNatSchDVO bzw. §§ 1 Abs.4 Ziff.3, 3
Abs.1 BFStrG; Art.2 Abs.1 Ziff.3, 9 Abs.1 bayStrWG;
§§ 2 Ziff.3, 7 Abs.2 berlStrG; §§ 2 Abs.2 Ziff.3, 13
hmbWG.

III. Kapitel

Die Auseinandersetzung mit den in der Wissenschaft vertretenen Rechtsauffassungen

§ 22 Die ständig wachsende Kritik der Verwaltungsrechtslehre an der höchststrichterlichen Rechtsprechung

Die in der Praxis (noch) vorherrschende Rechtsauffassung, bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen könne nur nach privatrechtlichen Grundsätzen gehaftet werden, hat im Schrifttum seit jeher scharfen Widerspruch ausgelöst¹⁾. Vor allem in letzter Zeit sieht sich die höchststrichterliche Rechtsprechung zu diesem Problemkreis in zunehmendem Maße einer berechtigten Kritik ausgesetzt. Angesichts der aufgezeigten dogmatischen Bedenken, die gegen eine privatrechtliche Haftungsgrundlage bestehen, haben BOCHALLI²⁾, SCHEUNER³⁾, BAUMEISTER⁴⁾ und MALLMANN⁵⁾ darauf hingewiesen, daß diese Streitfrage seitens des BGH einer prinzipiellen Überprüfung bedürfe. Ausgehend von den rechtlichen Grundlagen der Verkehrssicherungspflicht, ohne deren Berücksich-

1) HARTMANN in PrVerwBl. Bd.38, S.621 (623); HIMMELMANN in JR 1937, 249 (250); MAUNZ, S.284; KACZMARZYK, S.197; DRAUTZ in DVBl. 1936, 525 (526); SCHEUNER in RVerwBl. 1937, 729 (733); TREUHERZ, S.51; FRIEBE in Staats- und Selbstverwaltung 1939, S.285 (287); PÜST, S.48; PATERNA in Ztschr.f.Agrar- und Wasserrecht Bd. 28 (1943), S.333 (334).

2) BOCHALLI in DVBl. 1951, 755 (757).

3) SCHEUNER in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S.331 (345).

4) BAUMEISTER in der Schriftenreihe der Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen (Neue Folge - Heft 31), S.37.

5) MALLMANN in JZ 1960, 264.

tigung die Streitfrage auch nicht annähernd zufriedenstellend gelöst werden kann, hat sich die Verwaltungsrechtslehre nunmehr weitgehend zu der Auffassung bekannt, daß die zuständigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts bei der Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig werden. In rechtssystematisch genauer und logisch zwingender Argumentation weisen die führenden Verwaltungsrechtslehrer mit Recht auf die dogmatische Verfehltheit der höchstrichterlichen Rechtsprechung hin¹⁾. Besonders bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die neuerdings von SCHEUNER²⁾ vertretene Rechtsansicht, der zwar auch die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen als eine Obliegenheit der hoheitlichen Verwaltung ansieht und folglich eine öffentlich-rechtliche Haftungsgrundlage bei Verletzung dieser Pflicht bejaht, jedoch die Haftungsgrundlage nicht aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung, sondern "vom öffentlich-rechtlichen Satz der Pflicht zum ordnungsgemäßen Bau" herleiten will³⁾.

-
- 1) WOLFF, Lehrbuch, § 57 IV b; FORSTHOFF in DVBl 1952, 164 (167); FORSTHOFF, Lehrbuch, S.351; GIESE, S.71. Dieselbe Rechtsauffassung vertreten: HAUEISEN in NJW 1953, S.1613 (1614); KRAFT in DöV 1954, S.518 (521); MARSCHALL, zu § 3 BFStrG, Anm.4 (S.55); KOELLREUTER, S.71; NEDDEN in NJW 1956, S.1014 (1015); HURST, S.880 (885); KRÜGER, S.136/137; SPANNER, S.22; CLASEN in DöV 1959, S.281 (284); THIERFELDER in DöV 1960, 898 (899); EVERS in JuS 1961, 125 (128); FREUND in NJW 1961, 586 (587).
 - 2) SCHEUNER in Festschr.f.Paul Gieseke, S.73 (86).
 - 3) Doch gibt SCHEUNER nicht an, woraus sich dieser Satz ergeben soll und inwiefern die Verletzung der angeblichen Pflicht einen von § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG unabhängigen öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch auszulösen vermag.

Demgegenüber hält das übrige (meist nicht verwaltungsrechtliche) Schrifttum¹⁾ weiterhin für die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen an der privatrechtlichen Haftungsgrundlage des § 823 Abs.1 BGB fest, obwohl die dogmatischen Bedenken teilweise nicht verkannt werden²⁾. Eine in sich schlüssige und überzeugende Begründung hierfür fehlt jedoch. Vielfach wird zur Untermauerung der Rechtsauffassung lediglich ausgeführt, der Standpunkt der obersten Gerichte stehe seit Jahrzehnten fest und es sei deshalb für die rechtliche Beurteilung der Streitfrage von dieser eindeutigen Rechtsprechung auszugehen³⁾. Dem muß jedoch entgegengehalten werden, daß die dogmatische Verfehltheit einer Rechtsauffassung, mag sie auch jahrzehntelang vertreten worden sein, durch ständige Rechtspraxis nicht geheilt wird.

1) BÄRMANN in Ztschr.f.Verkehrssicherheit 1952/53, S. 497 (500); STEFFENS in DöV 1953, 48 (49); WEIMAR, Die Amts- und Staatshaftung, S.12; H.JELLINEK in Gedächtnisschrift f. W.JELLINEK, S.575; von TÜREGG, S.368; BENDER, S.136; ARNDT in DAR 1956, 285; SCHMALZL in NJW 1956, 205 (209); WUSSOW, S.72; GEIGEL, S.182; HABERKORN in DVBl 1960, 196 (199); PAGENDARM in DRiZ 1960, 314 (321) und in VersR 1960, 878; GOTTSCHALK, S.31.
Ferner die einschlägigen Lehrbücher und Kommentare zu § 823 BGB: LARENZ, Lehrbuch, S.357; ENNECCERUS-LEHMANN, S.948; ESSER, Lehrbuch, S.870; SOERGEL, zu § 823 BGB, Anm.30; RGRK zu § 823 BGB, Anm.54.
Ebenso das frühere Schrifttum: ASSMANN, S.9; DELIUS in DJZ 1914, Sp.206 und in PrVerwBl. Bd.37 (1916), S.734 (735); GERDES, S.29; HOFACKER, S.25; WILHELM in RVerwBl. Bd.53 (1932), S.887; MOHN, S.329; SANDER, S.24; SCHMID in Fischers Zeitschr.f.Verwaltungsrecht Bd.73 (1936), S.249 (284); GAERTNER in RVerwBl. Bd. 58 (1937), S.176.
Auch im schweizer Recht gilt gemäß der herrschenden Theorie und Praxis eidgenössisches Zivilrecht (RUCK, S.325/326).

2) Ausdrücklich weist auf die dogmatischen Bedenken RIEDERER-SIEDER (zu Art.74 bayWG, Anm.22) hin.
3) z.B. SIEDER-ZEITLER, zu Art.9 bayStrWG, Anm.14.

Auch der von HEYEN¹⁾ unternommene Versuch, die höchst-richterliche Rechtsprechung zur Verkehrssicherungs-pflicht auf den öffentlichen Straßen mit der Begründung zu rechtfertigen, im Verkehrsrecht seien die Verkehrs-teilnehmer, gleich ob Hoheitspersonen oder Privatperso-nen, "in ihren durch Verkehrshandlungen ausgelösten Be-ziehungen gleich zu behandeln", so daß haftungsrechtlich kein Unterschied zwischen Hoheitspersonen und Privatper-sonen bestehen könne, vermag nicht zu überzeugen. Wenn FRISIUS²⁾ trotz Anerkennung der seiner Meinung nach rechtlich durchaus möglichen Konstruktion der Anwendung der Amtshaftungsbestimmungen letztlich doch § 823 Abs.1 BGB "vor allem deshalb" angewandt wissen will, weil im Volke die Auffassung verwurzelt sei, "der Eigentümer der Straße als solcher" habe dafür zu sorgen, daß seine Straße sich in einem verkehrssicheren Zustand befindet, so ist dagegen einzuwenden, daß nicht die Volksauffas-sung die Entscheidung zu treffen hat, sondern allein wohl-erwogene Rechtsgründe.

Für die Beibehaltung einer privatrechtlichen Haftungs-grundlage spielen Zweckmäßigkeitserwägungen eine ent-scheidende Rolle, weil vermieden werden soll, daß der Anspruch aus § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG wegen seiner Subsidiaritätsklausel zum Zuge kommt. Hiergegen kann jedoch vorgebracht werden, daß dies keine r e c h t - l i c h e Argumentation ist und weiter, daß jede Pri-vatperson, die einen Verkehr eröffnet, dies regelmäßig im eigensten Interesse tut, um ihren Erwerb zu fördern. Widmet aber der Träger der Straßenbaulast eine Straße dem öffentlichen Verkehr zwecks Schaffung einer Einnah-mequelle? Diese Meinung mag einmal im Zeitalter der Wegezölle ihre Berechtigung gehabt haben; in der heuti-gen Zeit ist die öffentlich-rechtliche Verkehrssiche-

1) HEYEN in NJW 1955, 326 (328).

2) FRISIUS in NJW 1953, 886 (889).

rungspflicht jedoch nur eine Last, die im öffentlichen Interesse getragen werden muß¹⁾. Hierbei gibt es keine Überlegung nach der Rentabilität oder nach dem Risiko. Deshalb kann auch der im wesentlichen nur zweckbedingten Auffassung von BÄRMANN²⁾, der die privatrechtliche Haftung bei Verletzung der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht "mit finalen Gründen" (stärkerer Schutz des Geschädigten nach § 823 Abs.1 BGB als nach § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG; Wegfall des Verweises auf andere Ersatzmöglichkeiten) rechtfertigen will, keine Anerkennung finden; denn es ist aus obigen Erwägungen heraus durchaus billig und gerecht, eine Privatperson hier haftungsrechtlich anders zu behandeln als eine Juristische Person des öffentlichen Rechts. Rechtsverhältnisse sind nach ihrem Rechtsgrund und nach ihrem rechtlichen Charakter zu beurteilen, nicht in erster Linie nach Zweckmäßigkeitse Gesichtspunkten.

MEISS³⁾ hingegen hat in der Besprechung einer Abhandlung von SPANNER⁴⁾ den Standpunkt vertreten, es seien keine reinen Zweckmäßigkeitserwägungen, wenn man eine subsidiäre Haftung nicht in Kauf nehmen wolle; denn es dürfte wohl der Gerechtigkeit und dem Gleichheitssatz zuwiderlaufen, wenn der Geschädigte bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch eine Privatperson sich ohne weiteres an diese halten könnte, er aber gezwungen wäre, bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch eine

1) FRISIUS, a.a.O.

2) BÄRMANN in Ztschr.f.Verkehrssicherheit 1952/53, S.497 (501).

3) MEISS in JZ 1959, 678 (679).

4) SPANNER, Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht, Bielefeld 1958.

Juristische Person des öffentlichen Rechts zunächst andere mögliche Haftpflichtige zu belangen.

Der von MEISS vertretenen Rechtsauffassung kann jedoch im Ergebnis nicht beigegeben werden. Es ist zwar richtig, daß in all den Fällen, in denen die Juristischen Personen des öffentlichen Rechts sich wie Privatpersonen am Rechtsverkehr beteiligen, sie diesen in jeder Hinsicht gleichgestellt sind. Wie aus § 89 BGB hervorgeht, entspricht diese Gleichstellung auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. Deshalb besteht in solchen Fällen weder eine Veranlassung noch eine Berechtigung für eine Sonderbehandlung auf dem Gebiete der Haftung¹⁾. MEISS übersieht jedoch, wenn er von einer Verletzung des Gleichheitssatzes spricht, die unterschiedlichen Voraussetzungen bei der Haftung aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, je nachdem diese sich auf private oder auf öffentliche Straßen und Wege bezieht. Der in Art.3 Abs.1 GG normierte Gleichheitssatz verbietet "nur, daß wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, daß wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit behandelt wird"²⁾. Demgemäß ist sachverhältnismäßig Gleiches rechtlich gleich und sachverhältnismäßig Ungleiches (Verschiedenes) je nach seiner Eigenart rechtlich ungleich (unterschiedlich) zu behandeln³⁾.

1) Urt.d.VGH Kassel v.11.12.1957 in NJW 1959, 1146 (1147).

2) Urt.d.BVerfG v.23.10.1951 = BVerfGE 1,14 (52).

3) von MANGOLDT-KLEIN, zu Art.3 GG, Anm.III, 1.
WOLFF in Festschr.f.SAUER, S.103 (115): "Es ist eine aus dem Rechtsprinzip ableitbare Forderung, daß gleiche Tatbestände auch gleiche Rechtsfolgen haben".
Zur Unterscheidung von schematischer und relativer Gleichheit: SCUPIN in Festschr.f.HUGELMANN, S.579 (582/583).

Die Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege ist eine Obliegenheit der nicht obrigkeitlichen hoheitlichen Verwaltung; es handelt sich um eine **ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e** Verpflichtung. Dagegen bestimmt sich die Verkehrssicherung in Bezug auf private Wege oder Grundstücke nach rein **p r i v a t e n** Gesichtspunkten. Während zudem einer Privatperson, die den ihr obliegenden Verkehrssicherungspflichten nicht nachzukommen vermag, letztlich der Ausweg bleibt, sich durch Veräußerung des Eigentums von ihren Pflichten zu befreien, steht diese Möglichkeit den Trägern der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht nicht zu¹⁾. Von einer Verletzung des Gleichheitssatzes kann somit keine Rede sein.

§ 23 Der Einfluß des Runderlasses des Generalinspektors für Wasser und Energie vom 14.9.1944 auf die rechtliche Beurteilung der Streitfrage

Für die rechtliche Beurteilung der aufgeworfenen Streitfrage verdient ein Runderlaß des Generalinspektors für Wasser und Energie vom 14.9.1944²⁾ besondere Beachtung. Dieser Erlaß bezieht sich speziell zwar nur auf die öffentlichen Wasserstraßen, gleichwohl ist er - was die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht anbetrifft - für die öffentlichen Verkehrsstraßen zu Lande und zu Wasser von Bedeutung. In ihm werden nicht nur Richtlinien für die tatsächliche Beseitigung von Schifffahrtshindernissen auf den Binnenwasserstraßen aufgestellt, sondern es wird darüber hinaus in rechtlicher Hinsicht der Standpunkt vertreten, "daß alle nöti-

1) DÜNNBIER in bayVwBl 1957, S.88 (89).

2) MinBl. Speer 1944, S.204 ff.

gen Anordnungen nicht in Erfüllung einer bürgerlich-rechtlichen Pflicht, sondern in Ausübung öffentlicher Gewalt getroffen werden", wie es der unveröffentlichte Erlass des Reichsverkehrsministers vom 4.12.1939¹⁾ für die Verwaltung der Reichswasserstraßen samt dem Betrieb ihrer dem Verkehr dienenden Anlagen bestimmt. Das RG habe in seinem Urteil vom 13.5.1938²⁾ ausgeführt, für die Frage, ob Juristische Personen des öffentlichen Rechts in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig werden oder aber im privatrechtlichen Geschäftskreis handelten, sei der erklärte Wille der maßgeblichen Hoheitsperson³⁾ entscheidend. Durch den Runderlaß vom 4.12.1939 sei nun der Wille der maßgeblichen Hoheitsperson dahin zum Ausdruck gekommen, daß die dem Reich nach Art.97 WRV übertragene Verwaltung der Wasserstraßen mit den dem Verkehr dienenden Anlagen und Betrieben nicht als Betätigung im privatrechtlichen Geschäftskreis, sondern als hoheitliche Aufgabe des Reiches angesehen und durch das dazu bestimmte Personal in Ausübung öffentlicher Gewalt durchgeführt werde⁴⁾.

Diese beiden Runderlasse sind nicht ohne Einfluß auf die Rechtsauffassungen zur Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Wasserstraßen geblieben. So bekennt sich PATERNA⁵⁾ deshalb zu der Anwendung von § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG, weil sich mit der oben angeführten Entscheidung des RG eine Wen-

1) - Wa 4G 3241/39 -; hierauf wird im MinBl. Speer 1944, S.205 Bezug genommen.

2) RGZ 158, 83 (91).

3) Zum Begriff der Hoheitsperson: WOLFF, Lehrbuch, § 32 III c 2.

4) MinBl. Speer 1944, S.206.

5) PATERNA in Ztschr.f.Agrar- und Wasserrecht, Bd.28 (1943), S.333.

dung in der Rechtsprechung vollzogen habe¹⁾, insofern nur der erklärte Wille der maßgeblichen Hoheitsperson entscheidend sein könne, dieser aber in dem Runderlaß des Reichsverkehrsministers vom 4.12.1939 im Sinne einer Ausübung öffentlicher Gewalt bei Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht auf Wasserstraßen kundgetan sei²⁾.

Gegen diese Begründung hat BÄRMANN³⁾ mit Recht eingewandt, daß die in einem Ministerialerlaß kundgegebene Willensäußerung die aufgeworfene Streitfrage nicht entscheiden könne. Der Runderlaß des Generalinspektors für Wasser und Energie vom 14.9.1944 gibt nur Anordnungen an die Mittelbehörden und an die nachgeordneten Dienststellen über die zu treffenden Maßnahmen bei Schifffahrtshindernissen. Wenn in diesem Erlaß und in dem Erlaß vom 4.12.1939 der Standpunkt vertreten wird, daß die hierzu nötigen Anordnungen in Ausübung öffentlicher Gewalt getroffen werden, so kann dies lediglich als verwaltungsinterne Meinungsäußerung zu einer Rechtsfrage gewertet werden. Wie das OLG Hamburg⁴⁾ überzeugend ausgeführt hat, sind Meinungsäußerungen dieser Art nicht geeignet, einer staatlichen Verwaltungstätigkeit, die nicht schon anderweitig ein hoheitliches Gepräge hat, den Charakter öffentlicher Gewaltausübung zu verleihen. Die in einem Er-

-
- 1) So führt das RG in der Entscheidung v.13.5.1938 (= RGZ 158,91) zum ersten Mal aus, es brauche nicht notwendig deswegen, weil das Reich ein Unternehmen betreibe, das auch ein privater Unternehmer betreiben könne, dieses Unternehmen im bürgerlichen Rechtskreis zu liegen, selbst dann nicht, wenn der Betrieb auch Gewinn abwerfe.
 - 2) ebenso unveröffentl. Urt.d.OLG Stuttgart (Nebenstelle Karlsruhe) v.17.5.1950 (1 U 53/50).
 - 3) BÄRMANN in Ztschr.f.Verkehrssicherheit 1952/53, S.497 (502).
 - 4) Urt.d.OLG Hamburg v.2.12.1952 in MDR 1953,167 (168); ebenso Urt.d.BGH v.30.4.1953 = BGHZ 9,373 (388): Ein Ministerialerlaß ist kein "Organisationsakt"!

laß kundgegebene Willensäußerung kann also niemals für die Haftungsgrundlage bei Verletzung einer Rechtspflicht entscheidend sein.

Trotzdem haben die beiden Runderlasse für die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht insofern Bedeutung, als sie die schon bestehende Rechtslage verdeutlichen. Nur so und nicht anders dürfen die beiden Erlasse verstanden werden! Die Verkehrssicherung auf den öffentlichen Verkehrsstraßen zu Lande und zu Wasser ist eine Obliegenheit der nicht obrigkeitlichen hoheitlichen Verwaltung. Allein schon deshalb kann eine privatrechtliche Haftungsgrundlage nicht in Betracht kommen¹⁾.

IV. Kapitel

Die Verkehrssicherung auf öffentlichen Straßen als Amtspflicht einem Dritten gegenüber

§ 24 Die allgemeine Tendenz der Rechtsprechung zur Ausweitung der Amtshaftung

Art.131 WRV und die vorausgegangenen Staatshaftungsgesetze knüpften die Haftung des Staates an die Voraussetzung, daß ein Amtswalter die ihm obliegenden Pflichten "in Ausübung öffentlicher Gewalt" verletzte. Dabei faßte die Rechtsprechung den Begriff "Ausübung öffentlicher Gewalt" sehr weit und ließ sich von der Tendenz leiten, alle möglichen Tätigkeitsbereiche diesem Begriff unterzuordnen. Unter öffentlicher Gewalt wurde nicht nur die Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt verstanden,

1) Vgl. SIEBERT in Festschr.f.NIEDERMEYER, S.215 (242).

sondern auch die Akte des staatlichen Schutzes und der staatlichen Fürsorge fielen nach fast einhelliger Meinung¹⁾ unter diesen Begriff. So grenzte das RG²⁾ dahingehend ab, daß von Art.131 WRV das gesamte nicht von den §§ 89, 31 BGB umspannte Gebiet amtlicher Tätigkeit der Amtswalter, mithin jede Amtsausübung erfaßt werde, die sich nicht als Wahrnehmung privater Interessen des Staates darstelle. Diese Ausweitungstendenzen sind um so bemerkenswerter, als früher einmal das umgekehrte Bestreben, nämlich möglichst viele Tätigkeiten des Staates in den sog. fiskalischen Bereich einzubeziehen, vorherrschte³⁾.

So wurde die Tätigkeit der Beamten auf den öffentlichen Wasserstraßen vom RG zunächst als staatliche Vermögensverwaltung⁴⁾, nach Inkrafttreten der Staatshaftungsgesetze dann als Ausübung öffentlicher Gewalt bezeichnet⁵⁾. Das Rechtsverhältnis des Gerichtsvollziehers zu dem ihn mit der Vornahme einer Zwangsvollstreckung beauftragenden

1) HIMMELMANN in JR 1931, 249 (250); FRIEHE in Verw.Arch. Bd.47 (1942), S.82; SCHACK in Deutsches Recht 1943, 632 (635);
so auch das Urt.d.LG Tübingen v.24.10.1936 in JW 1937, 1544 (1545) mit weiteren Hinweisen. Die gegenteilige Auffassung von RICHTER (in JW 1938, 3275), die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Belange sei "immer öffentlicher Dienst und hoheitliche Tätigkeit, aber nur dort, wo sich jemand einem Zwang unterwirft oder unterwerfen muß, öffentliche Gewalt i.S.v. Art.131 WRV", hat sich nicht durchsetzen können.
Vgl. auch SCHUSTER in Jahrbuch des Postwesens 1937, S.323 (328).

2) statt vieler: Urt.v.19.1.1915 = RGZ 86,117 (122);
v.22.11.1917 = RGZ 91,273 (274).

3) Vgl. Urt.d.LG Tübingen v.24.10.1936 in JW 1937, 1544 (1545).

4) Urt.v.24.4.1908 = RGZ 68, 358 (365).

5) Urt.v.19.1.1915 = RGZ 86, 117 (122).

den Gläubiger hatte das RG durch Beschluß der vereinigten Zivilsenate¹⁾ als ein Auftragsverhältnis angesehen, aus dem der Gerichtsvollzieher in Anspruch genommen werden konnte. Später hat es sich dann - ebenfalls durch einen Beschluß der vereinigten Zivilsenate²⁾ - zu der gegenteiligen Auffassung bekannt, wonach der Gerichtsvollzieher auch dem Gläubiger gegenüber in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte handele.

Nicht anders ist es auf dem Gebiete des Schulwesens. Auch hier zeigt sich deutlich die Ausweitungstendenz zugunsten einer Haftung aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung. Das RG hat im Laufe seiner Rechtsprechung immer klarer herausgestellt, daß Lehrpersonen bei der Leitung und Beaufsichtigung der Schüler in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt handeln und daß sie eine ihnen den Schülern gegenüber obliegende Amtspflicht verletzen, wenn sie die gebotene Sorgfalt außer acht lassen. Das gilt nicht nur für den eigentlichen Unterricht³⁾, sondern auch für Schulfeste⁴⁾, auf Schulfeste⁵⁾, bei Besichtigungen von Betrieben und Werkstätten⁶⁾ und für alle sonstigen schulischen Veranstaltungen.

1) Beschl.d.vereinigten Zivilsenate v.10.6.1886 = RGZ 16, 396 (400).

2) Beschl.d.vereinigten Zivilsenate v.2.6.1913 = RGZ 82, 85 (86) mit ausführlicher Begründung.

3) Urt.d.RG v.9.1.1914 = RGZ 84, 27 (30); Urt.v. 27.3. 1934 in Seuff.Arch. Bd.88 (1934), Nr.118; Urt.v.15. 10.1937 in JW 1938, 233.
Weitere Hinweise bei KAYSER-LEISS, S.644.

4) Urt.d.OLG Kiel in SchlHA 1935, 141 = KAYSER-LEISS, S.661; Urt.d.RG v.23.9.1931 in Das Recht 1931, Nr.819 = HRR 1932, Nr.315.

5) Urt.d.RG v.15.6.1934 in Seuff.Arch. Bd.88 (1934), Nr.188; Urt.v.11.3.1942 in HRR Bd.18 (1942), Nr.647.

6) Urt.d.OLG München v.17.5.1954 in VersR 1954, 371.

Die Entwicklung für den gesamten Bereich des Postwesens veranschaulicht die Ausweitungstendenz besonders gut. Nachdem das RG die Post zunächst als ein rein privates Unternehmen angesehen hatte, gab es diesen Standpunkt in seiner Entscheidung vom 27.6.1913¹⁾ auf und bezeichnete die Tätigkeit der Post als Ausübung öffentlicher Gewalt. Allerdings beschränkte das RG seine Rechtsauffassung auf die "staatsrechtliche Stellung" und den "verwaltungsmäßigen Aufbau" der Post²⁾. Ausdrücklich wurde darauf hingewiesen, aus der öffentlich-rechtlichen Stellung der Post könne nicht gefolgert werden, daß auch die Tätigkeit aller an der Abwicklung des Postbetriebes mitwirkenden Beamten in Ausübung öffentlicher Gewalt verrichtet werde. Das Leeren der Briefkästen, das Sortieren der Briefe sowie auch die Beförderung von Briefen und Paketen erfolgte nach allgemeiner Rechtsauffassung nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt³⁾. Vielmehr wurde angenommen, daß die Tätigkeit der Postbediensteten im Rahmen des privatrechtlichen Geschäftskreises ausgeübt werde, was in dem Abschluß und in der Durchführung privatrechtlicher Beförderungsverträge über Briefe und Pakete deutlich zum Ausdruck komme. Das RG hat diese in der Entscheidung vom 27.6.1913 vertretene Rechtsauffassung damit begründet, daß die Post auf der einen Seite zwar gemeinnützige Zwecke verfolge, auf der anderen Seite aber zugleich darauf abziele, dem Staate Einnahmen zu verschaffen.

1) So führt das RG in dieser Entscheidung (RGZ 83,25) aus: "Die Meinung ..., daß die Form, in der die Verwaltung der Reichspost geführt wird, die rein privatwirtschaftliche des Gewerbebetriebes sei und daß die Post in dieser Hinsicht nicht anders dastehe, als staatliche Fabriken..., kann nicht geteilt werden. Sie wird der Stellung, die der Reichspost im Organismus des Reichs eingeräumt ist, nicht gerecht."

2) hierzu: Urt.d.RG v.13.5.1938 = RGZ 158, 83 (85).

3) Urt.d.RG v.20.11.1924 = RGZ 109, 209 (210/211).

Den eigentlichen Wendepunkt brachte dann die bereits mehrmals angeführte Entscheidung vom 13.5.1938¹⁾, in der das RG unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung die Briefpostbeförderung als hoheitliche Tätigkeit und damit als Ausübung öffentlicher Gewalt anerkannte, und zwar mit der zutreffenden Begründung, wenn der Staat ein Unternehmen betreibe, das auch ein privater Unternehmer betreiben könne, so brauche dieses Unternehmen nicht notwendig im privatrechtlichen Rechtskreis zu liegen, selbst dann nicht, wenn der Betrieb auch Gewinn abwerfen sollte. Nunmehr stellte das RG darauf ab, ob im Rahmen der Organisationsbefugnis für den Aufbau des Unternehmens und für seinen Betrieb eine Regelung erfolgt ist, die den Willen des Hoheitsträgers aufzeigt, daß das Unternehmen nicht im privatrechtlichen Geschäftskreis bleiben, sondern öffentlich-rechtlich betrieben werden soll²⁾.

Ausgehend von dieser grundlegenden Entscheidung setzte seit 1938 eine Entwicklung ein, im Laufe deren die Rechtsprechung für zahlreiche Wirkungskreise der Post (Postscheckverkehr³⁾, Paketbeförderung⁴⁾, Rundfunkwesen⁵⁾) die Ausübung öffentlicher Gewalt bejahte⁶⁾. Diesen vom RG beschrittenen Weg haben nun auch der BGH und die übrigen Gerichte eingeschlagen. Die Rechtsprechung hat nicht nur die Auffassung des RG ausdrücklich

1) RGZ 158, 83 (91).

2) Auf das Für und Wider dieses Abgrenzungskriteriums braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden. Vgl. die Ausführungen in § 18.

3) Urt.d.RG v.23.6.1939 = RGZ 161, 174 (180).

4) Urt.d.RG v.12.7.1940 = RGZ 164, 273 (276).

5) Urt.d.RG v.10.1.1941 = RGZ 166, 1 (10).

6) Den öffentlich-rechtlichen Charakter des Fernsprechenutzungsverhältnisses hatte das RG bereits in dem Urt.v.31.8.1937 = RGZ 155,333 (335) anerkannt.

bestätigt¹⁾, sondern darüber hinaus weitere Tätigkeitsbereiche der Post (Postsparkassenwesen²⁾, Telegrammzustellung³⁾, Personenbeförderung⁴⁾ als Ausübung öffentlicher Gewalt bezeichnet, so daß nunmehr alle hauptsächlichsten Betätigungen der Post als Obliegenheiten der hoheitlichen Verwaltung ein und demselben Haftungsrecht unterstellt worden sind⁵⁾.

Schließlich sei auch noch auf die öffentlich-rechtliche Verwahrung hingewiesen. Die Rechtsprechung zu dieser Frage bietet ebenfalls ein interessantes Beispiel dafür, wie sich das RG immer mehr von der Unterstellung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse unter das Privatrecht abwandte⁶⁾. Das RG hat lange an der Auffassung festgehalten, daß durch die Ablieferung von Sachen bei einer Behörde ein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag zwischen dem Eigentümer und dem Staat zur Entstehung gelange⁷⁾; erst später hat es sich zu einer öffentlich-rechtlichen Auffassung bekannt⁸⁾. Statt aber nun diese

-
- 1) Urt.d.BGH v.10.1.1955 = BGHZ 16, 111 (für die Paketbeförderung).
 - 2) Urt.d.OVG Hamburg v.29.6.1951 in Arch.f.d. Post- u. Fernmeldewesen 1951, 503 m. Anm. von ECKNER.
 - 3) Urt.d.BGH v.14.1.1954 = BGHZ 12, 89.
 - 4) Urt.d.BGH v.23.2.1956 = BGHZ 20, 102 = JZ 1956, 488. So schon SCHUSTER, S.10; von VELTHEIM in NJW 1954, 1472 (1474);
a.A.: LAUX in NJW 1952, 772 (773); BRÜGGEMANN in DAR 1955, 233.
Die Entscheidung des BGH bezieht sich allerdings nur auf den Linienverkehr der Post. Doch dürfte für die Sonderfahrten der Post nichts anderes gelten.
 - 5) zustimmend WOLFF, Anm. z. Urt.d.BGH v.23.2.1956 in JZ 1956, 489.
 - 6) hierzu ausführlich: SCHACK in RVerwBl 1935, 189.
 - 7) Urt.v.22.4.1902 = RGZ 51, 219 (220); Urt.v.15.1.1908 = RGZ 67, 335 (340).
 - 8) Urt.v.19.5.1914 = RGZ 84, 338 (339); Urt.v.15.1.1927 = RGZ 115, 419 (421).

Fälle als Ausübung öffentlicher Gewalt zu bezeichnen¹⁾, wendet die Rechtsprechung bis auf den heutigen Tag auf die öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisse die Vorschriften der §§ 688 ff BGB entsprechend an²⁾.

Diese Beispiele mögen genügen³⁾, um zu zeigen, daß der Begriff "Ausübung öffentlicher Gewalt" sehr weit gefaßt wird. Dem hat dann auch das Grundgesetz in Art.34 GG Rechnung getragen, indem es statt des bisherigen Wortlautes des Art.131 WRV "Ausübung öffentlicher Gewalt" die Formulierung "Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes" wählte. Die Ersetzung der Worte "öffentliche Gewalt" in Art.131 WRV durch die Worte "öffentliches Amt" in Art.34 GG beinhaltet zwar - worauf KLEIN⁴⁾ zu Recht hinweist - keine materielle Änderung

-
- 1) Dies wird gefordert von: SCHACK in RVerwBl. 1935, 189 (193/194); REINHARDT in Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages 1955, 1.Bd., S.233 (246).
 - 2) Urt.d.BGH v.13.12.1951 in VwRspr. Bd.4 (1952), S. 400 (401); v.13.3.1952 in NJW 1952, 931.
§ 40 Abs.2 VwGO hat jetzt die ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach für Ansprüche aus öffentlicher Verwahrung der ordentliche Rechtsweg gegeben ist. Zum bisherigen Stand der Meinungen in Rechtslehre und Rechtsprechung: KLEIN in Verwaltung und Wirtschaft, Heft 11, S.71 ff.
 - 3) Weitere Beispiele sind angeführt von REINHARDT in Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages 1955 (1.Bd.), S.233 (243/244).
 - 4) von MANGOLDT-KLEIN, zu Art.34 GG, Anm.III, 2 a mit ausführlichen Literaturhinweisen;
so auch die Rspr., z.B. Urt.d.VGH Kassel v.11.12.1957 in NJW 1959, 1146 (1147).
Der gegenteiligen Auffassung von GIESE-SCHUNCK (zu Art.34 GG, Anm.2) und von FRIESENHAHN (in RStW, 2.Bd., 1950, S.278 (279)), wonach die Ersetzung der Worte "Ausübung öffentlicher Gewalt" durch die Worte "Ausübung eines öffentlichen Amtes" eine Ausdehnung der Haftung auch auf die nicht hoheitlichen (fiskalischen) Maßnahmen bedeute, kann nicht gefolgt werden.

des früheren Rechtszustandes und ist daher ohne sachliche Bedeutung; dennoch bedeutet diese Formulierung insofern einen Fortschritt, als sie die Staatshaftung von einer Fessel ausdrücklich befreite, deren sich die Rechtsprechung bereits weitgehend entwunden hatte¹⁾.

Es ist nun auch für den Formaljuristen zweifelsfrei klargestellt, daß die öffentliche Gewalt nicht in dem engen Sinne der Anwendung hoheitlicher Zwangsmittel zu verstehen ist, sondern auch die Aufgaben pflegender, fürsorglicher Verwaltung von diesem Begriff umfaßt werden²⁾.

Angesichts der aufgezeigten Tendenz zur Ausweitung der Amtshaftung³⁾ erscheint es umso merkwürdiger, daß auf dem Gebiete der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht diese Entwicklung nicht zu verzeichnen ist. Auch nach Einführung der Staatshaftungsbestimmungen in den Jahren 1909 und 1910 hielt die Rechtsprechung für den Bereich der Verkehrssicherung auf öffentlichen Straßen und Wegen an der privatrechtlichen Haftungsgrundlage fest⁴⁾, was auch heute noch nahezu ausnahmslos der Fall ist. Um aber gegenüber der Amtshaftung nicht allzu sehr im Rückstand zu bleiben, begegnet die Rechtsprechung der Entlastungsklausel des § 831 Abs.1 Satz 2 BGB durch die Berufung auf sog. Organisationspflichten. In

1) so FORSTHOFF, Lehrbuch, S.282.

Dagegen bezeichnet WOLFF (§ 64 II c 1) die terminologische Abweichung von Art.131 WRV als wenig glücklich.

2) statt vieler: WEIMAR in DöV 1952, 459; GÜTZKOW in DöV 1953, 289 (290); vgl. auch WEITNAUER, S.14.

3) Der Begriff "Amtshaftung" ist nicht präzise, weil er ebenso gut auch für die Beamtenhaftung verwendet werden kann. Da er aber dem überwiegenden Sprachgebrauch entspricht, sollte er beibehalten werden. Hierzu: von MANGOLDT-KLEIN, zu Art.34 GG, Anm.II,1; BETTER-MANN in DöV 1954, 299.

4) Dies wurde vor Einführung der Amtshaftungsgesetze auch von der Literatur ausdrücklich gebilligt, z.B. von GIERKE in Verhandlungen des 28.Deutschen Juristentages 1905 (1.Bd.), S.102 (132).

all den Fällen, in denen weder ein verfassungsmäßiger (§ 31 BGB) noch ein besonderer (§ 30 BGB) Vertreter für die Verkehrssicherung auf den öffentlichen Straßen bestellt ist, wird von vornherein der Exkulpationsbeweis des § 831 Abs.1 Satz 2 BGB mit der Begründung ausgeschlossen, daß dann ein Organisationsfehler vorliege, für den jedenfalls die verkehrssicherungspflichtige Juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß §§ 823 Abs.1, 89, 31 BGB verantwortlich sei¹⁾. Deshalb gibt es kaum einen Fall, in dem eine Schadensersatzklage des Geschädigten gegen die verkehrssicherungspflichtige Juristische Person des öffentlichen Rechts wegen des Nachweises mangelnden Verschuldens bei der Auswahl, Bestellung und Anleitung der unmittelbar verantwortlichen Verwaltungsgehilfen abgewiesen worden ist.

Mag dieses Ergebnis auch als rechtspolitisch wünschenswert erscheinen, so kann trotzdem mit einer Kritik nicht zurückgehalten werden. Wenn die Rechtsprechung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen den Schadensersatzanspruch des Geschädigten aus § 823 Abs.1 BGB herleitet, so muß sie folgerichtig alle im Bereich der unerlaubten Handlung geltenden Gesetzesbestimmungen anwenden. Dazu gehört aber auch die Vorschrift des § 831 Abs.1 Satz 2 BGB, die den in Anspruch genommenen Verkehrssicherungspflichtigen von der Haftung befreit, wenn er sich auf den Entlastungsbeweis berufen kann und diesen auch tatsächlich erbringt. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum einer Juristischen Person des öffentlichen Rechts diese Beweisführung verwehrt

1) REINHARDT in Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages 1955 (Bd.1), S.233 (246). Weitere Nachweise finden sich in § 1 der Ausführungen.

werden soll. Wendet man die privatrechtlichen Haftungsbestimmungen an, so steht nach dem Gesetz den Juristischen Personen des öffentlichen Rechts dieselbe Vergünstigung zu wie jeder anderen verkehrssicherungspflichtigen Privatperson. Eine unterschiedliche Beurteilung ist hier rechtlich nicht zulässig¹⁾.

DANCKELMANN²⁾ hat zutreffend auf diese nicht wegzuleugnende Diskrepanz in der Rechtsprechung zur Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht hingewiesen. Dies sollte beachtet werden und gleichzeitig Veranlassung geben, dem § 831 BGB keine Gewalt anzutun, vielmehr im Zuge der allgemeinen Ausweitungstendenz der Amtshaftung diesen Schritt endlich auch für die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen zu tun; denn die verkehrssicherungspflichtigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts handeln bei Erfüllung dieser Rechtspflicht durch ihre Amtswalter in Ausübung öffentlicher Gewalt, in Ausübung eines den Amtswaltern anvertrauten öffentlichen Amtes.

1) FRIEBE in Staats- und Selbstverwaltung 1939, 285 (288); FRIEBE in Verw.Arch. Bd.47 (1942), S.77 (87); a.A.: BÄRMANN in Ztschr.f.Verkehrssicherheit 1952/1953, S.497 (503); Urt.d.OLG Hamburg v.2.12.1952 in MDR 1953, 167 (169) mit weiteren Hinweisen.

2) DANCKELMANN in NJW 1951, 905.

§ 25 Das Tatbestandsmerkmal der "einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflicht

Neben dem Erfordernis, daß ein Amtswalter in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes eine Amtspflicht verletzt, hat der Anspruch aus § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG weiter zur tatbestandsmäßigen Voraussetzung, daß die Amtspflicht "einem Dritten gegenüber" besteht. Im Hinblick darauf wird bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG als Anspruchsgrundlage teilweise mit der Begründung abgelehnt, die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen sei keine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht¹⁾; von den Befürwortern der gegenteiligen Rechtsauffassung werde dies "stillschweigend vorausgesetzt"²⁾.

Mögen die geäußerten Bedenken auf den ersten Blick als durchschlagend erscheinen, so sind sie jedoch letztlich nicht begründet. Es unterliegt nach dem Wortlaut des § 839 BGB keinem Zweifel, daß ein Amtswalter Amtspflichten gegenüber einem Dritten zu erfüllen hat. Fraglich ist nur, welche Pflichten darunter zu verstehen sind. Der Gesetzgeber dachte ursprünglich nur an solche Pflichten, die einem Amtswalter kraft Gesetzes obliegen und an die gesetzlich geschützten Interessen des geschädigten Dritten³⁾. Der Geschädigte ist demnach stets dann Dritter im Sinne von § 839 BGB, wenn er einen Rechtsanspruch auf die Amtshandlung hat oder ein Rechtsmittel

1) so HABERKORN in DVBl 1960, 196 (198); Urt. d. OLG Hamburg v. 5.3.1954 in VersR 1954, 193; Urt. d. VGH Kassel v. 11.12.1957 in NJW 1959, 1146 (1147).

2) so H. JELLINEK in Gedächtnisschrift f. W. JELLINEK, S. 575.

3) REINHARDT in Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages 1955 (1. Bd.), S. 233 (249) mit Literaturhinweisen.

gegen die Amtshandlung einlegen kann¹⁾). Nun besteht aber keine Rechtspflicht gegenüber einem einzelnen Straßenbenutzer, eine Straße in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten. Der einzelne hat kein subjektives Recht auf die Verkehrssicherheit der öffentlichen Straßen und Wege, folglich auch keinen klagbaren Anspruch auf die Vornahme von der Verkehrssicherung dienenden Straßenarbeiten²⁾; eine solche Klage müßte als unbegründet zurückgewiesen werden. Es scheint deshalb der Standpunkt gerechtfertigt zu sein, wonach die Verkehrssicherung auf öffentlichen Straßen nicht als Amtspflicht gegenüber einem Dritten angesehen werden kann.

Diese Rechtsauffassung ließe jedoch gänzlich unberücksichtigt, daß die mit der Beschränkung der Staatshaftung - auf die Verletzung der "einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflicht - gezogene Grenze immer mehr an Bedeutung eingebüßt hat, der Begriff des Dritten sehr weit gefaßt wird, ja von GEIGER³⁾ sogar ernsthaft in Erwägung gezogen worden ist, dieses Tatbestandsmerkmal de lege ferenda ersatzlos zu streichen. Nach der Rechtsprechung des RG⁴⁾, der sich auch der BGH⁵⁾ angeschlossen hat, ist die Frage, ob einem Amtswalter eine Amtspflicht gegenüber einem Dritten obliegt, unter Berück-

1) WOLFF, Lehrbuch, § 64 I b 5; KAYSER-LEISS, S.35.

2) von MANGOLDT-KLEIN, zu Art.34 GG, Anm.III,3 a; NEDDEN in NJW 1956, 1014 (1015).
Vgl. die Ausführungen in § 3.

3) So führt GEIGER in DRiZ 1955, 206 (207) aus, man müsse versuchen, für den § 839 BGB eine neue Formulierung zu finden, da die bisherige Einschränkung der Amtshaftung auf die "einem Dritten gegenüber" bestehenden Amtspflichten nicht mehr gerechtfertigt erscheine.

4) Urt.v.19.12.1932 = RGZ 139, 149 (153); v.21.6.1933 = RGZ 140, 423 (427).

5) Urt.v.12.4.1951 = BGHZ 1, 388 (394); v.20.9.1954 = BGHZ 14, 319 (322).

sichtigung der Zuständigkeit des Amtswalters und der Art des Geschäftes, das er verrichtet, zu beurteilen, wobei das Hauptgewicht auf den Zweck zu legen ist, dem die Amtspflicht dienen soll¹⁾. Ist Zweck der Amtspflicht nur die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder das Interesse des Staates an einer ordentlichen Amtsführung des Amtswalters, werden lediglich Obliegenheiten gegenüber der Allgemeinheit verletzt, so handelt es sich nicht um eine einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht.

Im Zuge der aufgezeigten Ausweitungstendenz hat die Rechtsprechung²⁾ beispielsweise anerkannt, daß die Aufgabe, strafbare Handlungen zu verhüten, der Polizei nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch gegenüber den gefährdeten Einzelpersonen obliegt. Kommt die Polizei dieser Aufgabe nicht nach, so wird dadurch mithin nicht allein eine von der Polizei der Allgemeinheit gegenüber, sondern auch eine von ihr den gefährdeten Einzelnen gegenüber zu erfüllende Pflicht verletzt. SCUPIN³⁾ geht sogar soweit, daß er dem Geschädigten stets dann einen Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG zubilligt, wenn die Polizei "ein objektiv gegenüber dem Bürger o d e r der Allgemeinheit notwendiges Handeln" unterlassen hat.

Was für den genannten Pflichtenkreis der Polizei ausgeführt ist, muß für die Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen entsprechend gelten; denn es kann nicht bestritten werden, daß es sich auch bei

1) zustimmend WOLFF, Lehrbuch, § 64 I b 5; vgl. auch STADE, S. 65.

2) Urt. d. RG v. 26.2.1935 = RGZ 147, 144 (147); Urt. d. BGH v. 30.4.1953 in VwRspr. Bd. 5 (1953), S. 832 (833).

3) SCUPIN in PETERS Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis (2. Bd.), S. 606 (617).

ihr um eine im Interesse einzelner Dritter - nämlich der Straßenbenutzer - auszuübende Tätigkeit handelt, und keineswegs nur um eine Tätigkeit zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder im bloßen Interesse des Staates¹⁾. Wenn dagegen vorgebracht wird, die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen könne solange nicht als eine Pflicht gegenüber Dritten, sondern nur gegenüber der Allgemeinheit angesehen werden, als noch keine konkrete Beziehung zu einem bestimmten Dritten hervorgetreten sei und der konkret Geschädigte sich aus der Vielzahl der möglicherweise zu Schädigenden noch nicht herausgehoben habe²⁾, so kann dem nicht gefolgt werden. Als Dritter, dem gegenüber die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen besteht, ist nicht nur derjenige anzusehen, der sich aus der Vielzahl der Gefährdeten bereits durch einen bei ihm eingetretenen Schaden herausgehoben hat; vielmehr ist der Kreis des Dritten erheblich weiter zu fassen³⁾. So erwächst nach jetzt einhelliger Rechtsprechung⁴⁾ den hoheitlich

1) so SPANNER, S.21.

Vgl. die Ausführungen in § 3, wo dargelegt ist, daß die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht den Wegebenutzern als "Reflexrecht" zugute kommt (Fall der Destination).

2) Vgl. hierzu Urt.d.RG v.16.10.1923 = RGZ 108,249 (250); v.26.2.1935 = RGZ 147, 144.

3) Urt.d.BGH v.30.4.1953 in VwRspr. Bd.5 (1953), S.832 (834).

4) Besonders deutlich kommt dies zum Ausdruck im Urt.d.RG v.19.12.1932 = RGZ 139, 149 (154) und im Urt.d.BGH v.10.1.1955 = BGHZ 16,111 (113); ebenso Urt.d.RG v.19.9.1924 = RGZ 108,387 (388); v.18.4.1929 = RGZ 125, 98 (99); v.29.6.1937 = RGZ 155, 186 (189); v.12.7.1940 = RGZ 164, 273 (276).
Bezeichnenderweise wendet die Rspr. bei Dienstfahrten § 839 BGB nur in den Fällen der Ausübung öffentlicher Gewalt an, in denen also eine Inanspruchnahme des Beamten selbst wegen dieser Amtspflichtverletzung nicht zu befürchten ist. Wenn dagegen die Dienstfahrt der Wahrnehmung privatrechtlicher Belange des Staates dient, wird die Anwendung des § 839 BGB ausdrücklich abgelehnt. Hierzu kritisch: FORSTHOFF, Lehrbuch, S. 359. Vgl. auch SCHUSTER in Jahrbuch des Postwesens 1937, S.323 (337).

tätig werdenden Amtswaltern schon aus der bloßen Teilnahme am Straßenverkehr "jedem unbeteiligten Dritten gegenüber"¹⁾ die Amtspflicht, bei der Amtsausübung nicht in irgendeiner Weise unzulässig in dessen Rechtsbereich einzugreifen. Besonders aufschlußreich in diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung zur Amtshaftung bei der Erteilung von Auskünften. Zunächst wurde nur die Haftung gegenüber dem Auskunftsempfänger bejaht²⁾, später dann auch gegenüber Dritten, die an der Auskunftserteilung nicht beteiligt sind, sondern erst auf Grund der verletzten Amtspflicht zu dem Auskunftserteiler in Beziehung treten³⁾. Die Ausweitung des Begriffes des Dritten hat schließlich dazu geführt, daß sogar allgemeine Sorgfaltspflichten als Amtspflichten im Sinne des § 839 BGB anerkannt werden, was ursprünglich völlig außerhalb aller Erwägungen lag⁴⁾. So haben heute zutage alle mit öffentlicher Gewalt betrauten Amtswalter jedem Dritten gegenüber die Amtspflicht, ihr Amt so auszuüben, daß dadurch niemand in seinen nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt oder gar verletzt wird⁵⁾. Aus dem Wesen der

1) so Urt.d.BGH v.4.6.1956 = BGHZ 21, 48 (51); ebenso schon Urt.d.RG v.13.5.1938 = RGZ 158, 83 (94).

2) Urt.d.RG v.28.5.1918 = RGZ 93, 56 (60); v.13.11.1934 = RGZ 146, 35 (40).

3) Urt.d.RG v.30.10.1942 = RGZ 170, 129 (135); Urt.d.BGH v.20.9.1954 = BGHZ 14, 319 (323).

4) Hierauf weist REINHARDT in Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages 1955 (1.Bd.), S.233 (249) hin.

5) Verwirklicht ein Beamter bei der Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt den Tatbestand des § 823 BGB, so begeht er gleichzeitig eine Amtspflichtverletzung: Urt.d.RG v.22.1.1937 = RGZ 154, 117 (123); v.1.6.1937 = RGZ 155, 257 (267); ebenso NEDDEN in NJW 1958, 1819.

heutigen Staatsauffassung als eines Rechts- und Wohlfahrtsstaates wird für die Amtswalter die allgemeine Fürsorgepflicht abgeleitet, jedes Amtsgeschäft so auszuüben, daß den einzelnen Privatpersonen kein unnötiger Schaden zugefügt wird¹⁾.

In Anbetracht dieser Ausweitungstendenz verdient die Auffassung von FORSTHOFF²⁾ Zustimmung, wonach die Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen - ebenso wie die Verkehrsregelung - in Ausübung einer Amtspflicht auch gegenüber dem einzelnen Straßenbenutzer erfüllt wird. H. JELLINEK³⁾, der dies mit der Begründung verneint, die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen sei lediglich eine der Allgemeinheit zugute kommende Aufgabe, übersieht dabei, daß Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit gleichzeitig auch im Interesse von Einzelpersonen erfüllt werden können⁴⁾; denn "ein Gegensatz besteht nur zwischen der zur Staatsordnung zusammengeschlossenen Gesamtheit und dem einzelnen, während die Gesamtheit der Staatsbürger schlechthin (das Publikum) keinen Gegensatz zu den einzelnen, vielmehr deren Summe bildet"⁵⁾. Amtspflichten, die die Gesamtheit im letzten Sinne schützen sollen, sind also stets auch gleichzeitig zum Schutze des einzelnen bestimmt.

Demnach bleibt festzustellen, daß auch im Hinblick auf das Erfordernis der

1) hierzu ausführlich: KAYSER-LEISS, S.35; ablehnend RIETSCHEL, S.79.

2) FORSTHOFF, Lehrbuch, S.351.

3) H. JELLINEK in Gedächtnisschrift f. W. JELLINEK, S.575.

4) Insoweit muß der Auffassung von BARKHAU (S.80) zugestimmt werden, wonach eine Amtspflicht stets dann einem Dritten gegenüber obliegt, wenn der Zweck der Maßnahme auch der Wahrnehmung der Interessen des einzelnen dient.

5) RGRK, zu § 823 BGB, Anm.14.

Verletzung einer "einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflicht gegen die Anwendung des § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG als Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen letztlich keine Bedenken bestehen¹⁾. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die Ausweitung des Begriffes des Dritten im Sinne von § 839 BGB allgemein zu weit geht und ob es gerechtfertigt ist, im Zuge dieser Ausweitungstendenz den Unterschied zwischen Amtspflichten gegenüber der Allgemeinheit und gegenüber von Einzelpersonen in etwa zu verwischen; denn wenn die Ausweitungstendenz in Lehre und Rechtsprechung allgemein gebilligt wird²⁾, so kann für die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen und Wegen nichts anderes gelten.

§ 26 Das Verhältnis der Amtshaftungsbestimmungen zu den anderen Deliktstatbeständen

Ist somit auch das letzte Bedenken beseitigt, das gegen die Anwendung der Amtshaftungsbestimmungen bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen vorgebracht wird, so fragt es sich, in welchem Verhältnis § 839 BGB (i. Verb. m. Art. 34 GG) zu den anderen Deliktstatbeständen steht; denn ein und dieselbe Handlung eines Amtswalters kann sehr wohl eine Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechtsgüter oder einen Verstoß gegen ein unter § 823 Abs. 2 BGB fallendes

1) ebenso KACZMARZYK, S. 197; SPANNER, S. 22; FORSTHOFF, S. 351.

2) hierzu: GEIGER in DRiZ 1955, 207.

Schutzgesetz enthalten und gleichzeitig den Tatbestand des § 839 BGB erfüllen. Nach heute fast einhelliger Rechtsauffassung¹⁾ besteht zwischen § 839 BGB einerseits und den §§ 823 ff BGB andererseits Gesetzeskonkurrenz, so daß also, falls die Tatbestandsvoraussetzungen des § 839 BGB vorliegen, eine Haftung des Amtswalters aus § 823 BGB nicht in Betracht kommen kann.

Jedoch ist diese Rechtsauffassung für die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen bestritten worden. So erkennt SCHACK²⁾ die Stellung des § 839 BGB als *lex specialis* zu § 823 BGB zwar an, fügt allerdings hinzu, daß diese Auffassung "nur innerhalb desselben gleichartigen Rechtsverhältnisses" gerechtfertigt sei. Da aber nach herrschender Meinung bei den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zwischen einer privatrechtlichen Verfügungsbefugnis und einer öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft unterschieden werde, so müsse der Haftungsgrund bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen und Wegen nicht nur im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht gesucht werden. Die privatrechtliche Haftungsgrundlage folge mit Notwendigkeit aus der Anerkennung einer privatrechtlichen Verfügungsmacht über die öffentliche Sache. Es genüge, daß die Straße durch

-
- 1) Literatur: WOLFF, Lehrbuch, § 64 I b 1; FORSTHOFF, Lehrbuch, S.351; LARENZ, Lehrbuch, S.355; DREES in ERMAN, zu § 839 BGB, Anm.1 a; von SCHELHORN, S.31; RIETSCHEL, S.20;
a.A. anscheinend STAUDINGER, zu § 839 BGB, Anm.3.
Rechtsprechung: Urt.d.RG v.19.12.1932 = RGZ 139,149 (152); v.22.1.1937 = RGZ 154, 117 (123); v.1.6.1937 = RGZ 155, 257 (268); v.27.9.1940 = RGZ 165, 91 (100); v.10.1.1941 = RGZ 166, 1 (4); Urt.d.BGH v.12.7.1951 = BGHZ 3, 94 (102); v.15.3.1954 = BGHZ 13, 25 (28).
- 2) SCHACK in RVerwBl 1938, S.523 (525/526) und in Deutsches Recht 1943, 632 (634).

den Verfügungsberechtigten für den öffentlichen Verkehr bestimmt und eingerichtet worden sei, um die privatrechtliche Haftung bei schuldhafter Verletzung der Verkehrssicherungspflicht zu begründen. Nehme man bei den öffentlichen Sachen schon ein privatrechtliches Eigentum als möglicherweise bestehend an¹⁾, so könnten die sich hieraus ergebenden Pflichten auch nur als privatrechtliche gedacht werden. Daneben lasse sich aus dem öffentlich-rechtlichen Sachherrschaftsverhältnis an den öffentlichen Sachen eine öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht ableiten, bei deren Verletzung die Amtshaftungsbestimmungen zum Tragen kämen. Solange die Rechtsordnung eine privatrechtliche Verfügungsmacht, ein privatrechtliches Eigentum, an öffentlichen Sachen anerkenne, sei bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen n e b e n der Amtshaftungsklage auch die auf § 823 Abs.1 BGB gestützte Klage möglich, wobei es im Belieben des geschädigten Klägers stehe, auf welchen Rechtsgrund der Haftung er seine Schadensersatzforderung gründen wolle. Dann allerdings sei nur die Amtshaftungsklage gegeben, wenn man bei den öffentlichen Sachen die privatrechtliche Verfügungsbefugnis und die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft als in einem einheitlichen öffentlich-rechtlichen Institut, dem öffentlichen Eigentum, verschmolzen ansehen würde.

Die Auffassung von SCHACK hält einer kritischen Prüfung nicht stand. Sie ist nicht nur rechtsdogmatisch, sondern auch rechtspolitisch verfehlt. Wenn SCHACK die Verkehrssicherungspflicht in Bezug auf öffentliche Sachen aus der privatrechtlichen Verfügungsbefugnis u n d aus dem

1) Vgl. hierzu das neuere Schrifttum: KRÜGER, S.137; ZIPPELIUS in D&V 1958, 838; CLASEN in D&V 1959, 281 (284); SIEVERS in VerwArch. Bd.51 (1960), S.187; SCHEUNER in Juristen-Jahrbuch 1960 (1.Bd.), S.120 (132/133); SIEDER-ZEITLER, zu Art.6 bayStrWG, Anm.38.

öffentlich-rechtlichen Sachherrschaftsverhältnis ableiten will, so verkennt er die rechtlichen Grundlagen der Verkehrssicherungspflicht. Der Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht ist bei den öffentlichen Straßen nicht anders zu beurteilen als bei den Privatstraßen; er ergibt sich allein aus einem vorangegangenen gefährdenden Tun, aus der bloßen Tatsache der Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle, verbunden mit einer rechtlichen und tatsächlichen Verfügungsgewalt über die dem Verkehr eröffnete Straße. Bei den öffentlichen Straßen steht diese Verfügungsgewalt einer Juristischen Person des öffentlichen Rechts aber nur in ihrer Eigenschaft als Träger der faktischen Straßenbaulast zu; denn die privatrechtliche Verfügungsgewalt ist zurückgedrängt und findet in der Zweckbestimmung der öffentlichen Straße ihre Grenze. Folglich ergibt sich für die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen auch nur *e i n e* Anspruchsgrundlage, nämlich § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG, gleichwohl ob man die von Otto MAYER begründete Lehre vom öffentlichen Eigentum vertritt oder nicht¹⁾.

Aber auch rechtspolitisch kann die Auffassung von SCHACK nicht gebilligt werden, weil die Anwendung von § 823 BGB neben § 839 BGB (i. Verb. m. Art. 34 GG) den vom Gesetzgeber durch die Einführung dieser Vorschrift verfolgten Zweck vereiteln würde, der dahin geht, die Haftung der Amtswalter zu mildern und insbesondere ihre Entschlußkraft vor einer Beeinträchtigung durch eine ihnen drohende Schadensersatzpflicht zu bewahren²⁾. Dabei soll gar nicht verkannt werden, daß andererseits die Haftung gemäß § 839 BGB viel weiter geht, im Gegensatz zu § 823 BGB auch Vermögensschäden unter § 839 BGB fallen, ja es überhaupt Fälle gibt, in denen Handlungen, die an sich

1) so auch HARTMANN in PrVerwBl Bd. 38, S. 621 (622).

2) MUGDAN, S. 461, S. 1270, S. 1385 ff.

rechtlich indifferent, also erlaubt sind, dadurch zu unerlaubten Handlungen im Sinne von § 839 BGB werden, daß sie von einem Amtswalter in Ausübung der ihm übertragenen hoheitlichen Amtsbefugnisse vorgenommen werden¹⁾). Jedenfalls entspricht die Sonderstellung des § 839 BGB durchaus dem Willen des Gesetzgebers.

Daraus folgt, daß für die Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen neben § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG eine privatrechtliche Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB nicht in Betracht kommen kann²⁾).

1) so Urt.d.OLG Oldenburg in OldZ Bd.55 (1928), S.204 (206) für den Fall der Überschreitung von Amtsbefugnissen.

Als weiteres Beispiel sei die unwahre Erteilung einer Auskunft genannt.

2) so ausdrücklich WOLFF, Lehrbuch, § 57 IV b. Ob bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen - wenn man der neueren Rechtsprechung des BGH (die grundlegenden Entscheidungen: BGHZ 6, 270 ff; 7, 296 ff; 13, 88 ff) folgt - neben § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG noch ein quasi-Aufopferungsanspruch analog §§ 74, 75 Einl. ALR bei Körperschäden und ein quasi-Enteignungsentschädigungsanspruch analog Art. 14 GG bei Sachschäden möglich ist, soll an dieser Stelle nicht untersucht werden. Dies dürfte aber zu verneinen sein, da es m.E. mangels hoheitlicher Tätigkeit (die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht besteht in einem Unterlassen) an einem Eingriff im Sinne des Aufopferungs- bzw. Enteignungstatbestandes fehlt. Im Ergebnis ebenso Urt.d.BGH v.22.12.1953 = BGHZ 12, 52 (56): Der "Tatbestand einer Enteignung oder eines enteignungsgleichen Eingriffs ... setzt ein hoheitliches Handeln voraus, das in einer bloßen Untätigkeit... nicht gefunden werden kann. - Die Nichterfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht ... genügt ... nicht, um den Tatbestand einer Enteignung zu erfüllen. Die Rechtsfigur einer "Enteignung durch Unterlassen" ... kann nicht anerkannt werden. Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen: KREFT in DöV 1955, 517; vgl. auch GEIGER in DRiZ 1955, 206. WOLFF (Lehrbuch, § 67 II) bezeichnet generell eine Anspruchskonkurrenz als sehr bedenklich; ebenso FORSTHOFF, Lehrbuch, S. 314.

§ 27 Das gewonnene Ergebnis in rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Sicht

Die aufgeworfene Streitfrage hat zu dem Ergebnis geführt, daß der in der Begründung manchmal verschiedenen, im Ergebnis jedoch (noch) nahezu einheitlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht gefolgt werden kann, wonach bei schuldhafter Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen als Haftungsgrundlage § 823 Abs.1 BGB (bzw. der Rechtsgedanke aus § 836 BGB) zum Tragen kommt. Vielmehr muß der im verwaltungsrechtlichen Schrifttum verbreiteten Meinung zugestimmt werden, die die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen im Gemeingebrauch der Aufgabe und Erfüllung nach als hoheitliche Tätigkeit ansieht, folglich bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht § 839 BGB i.Verb.m. Art.34 GG als Haftungsgrundlage anwendet.

Das gewonnene Ergebnis ist rechtsdogmatisch gesehen das einzig haltbare. Da die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich der öffentlichen Straßen und Wege sich als eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung erweist, ist bei Verletzung dieser Pflicht für eine privatrechtliche Haftungsgrundlage kein Raum mehr. Die höchstrichterliche Rechtsprechung läßt sich zu sehr von rechtspolitischen Erwägungen leiten. Sie hält um deswillen an der Haftungsgrundlage des § 823 Abs.1 BGB fest, weil der sonst zum Zuge kommende Anspruch aus § 839 BGB (i.Verb.m. Art.34 GG) für den normalen Fall des fahrlässigen Verschuldens nur dann gegeben ist, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Da die hier in Betracht kommenden Schadensfälle vielfach durch Versicherungsansprüche gedeckt sind, liegt ein weiterer praktischer Leitgedanke der Rechtsprechung darin, an Stelle der Versicherungsgesellschaften den verkehrssicherungspflichtigen Juristischen Per-

sonen des öffentlichen Rechts die Haftung aufzubürden. Inwieweit und ob überhaupt eine solche "Sozialisierung der Risiken und Schäden"¹⁾ gerechtfertigt erscheint, entzieht sich der juristischen Würdigung. Jedenfalls muß darauf hingewiesen werden, daß sich de lege lata hierfür keine Stütze findet.

Es bleibt abzuwarten, ob die Auffassung des verwaltungsrechtlichen Schrifttums auch bei der höchststrichterlichen Rechtsprechung im Laufe der Zeit Anerkennung finden wird. Die Aussichten hierfür sind keineswegs ungünstig. Zwar hält der zuständige 3. Zivilsenat des BGH, der sog. öffentlich-rechtliche Senat²⁾, im wesentlichen an der überkommenen Rechtsprechung fest; doch ist eine gewisse Lockerung in dem eingenommenen Rechtsstandpunkt nicht zu verkennen. Angesichts des schwachen Fundaments, auf dem die Rechtsprechung zur Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen steht, und im Hinblick auf die zunehmende Kritik der Verwaltungsrechtslehre, wird der BGH kaum umhin können, die Rechtsprechung zu dieser Frage einer prinzipiellen Überprüfung zu unterziehen. Mit der Entscheidung vom 30.4. 1953³⁾ ist die Problematik keineswegs von ihm gelöst worden⁴⁾. Die Rechtsprechung tut gut daran, sich eingehender als bisher auf die rechtlichen Grundlagen der Verkehrssicherungspflicht zu besinnen. COING⁵⁾ hat mit Recht beanstandet, daß rechtsdogmatisch zwingende Ergebnisse gerade in der heutigen Zeit des öfteren aus rechtspolitischen Gesichtspunkten umgestoßen werden.

1) FORSTHOFF in DVBl 1952, 164 (167).

2) So wird der 3. Zivilsenat des BGH von PAGENDARM in DRiZ 1960, 314 bezeichnet.

3) BGHZ 9, 373.

4) so auch SCHWARZE in MDR 1954, 584 (586).

5) COING in JZ 1951, 481.

Individuelle Zweckmäßigkeitssentscheidungen haben aber allein weder Kraft noch Autorität, um auf die Dauer bestehen zu können.

Die Anwendung von § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG als Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen führt indes in allen Fällen zu klaren, sowohl dem System der Rechtsordnung als auch den praktischen Bedürfnissen durchaus Rechnung tragenden Lösung¹⁾. Deshalb ist zu erwarten, daß mit der fortschreitenden wissenschaftlichen Durchdringung und dogmatischen Erfassung des Verwaltungsrechts eine Abkehr von den überkommenen privatrechtlichen Vorstellungen einhergeht. Gleichzeitig wird dadurch die Hoffnung bestärkt, daß es in nicht allzu ferner Zukunft auch der höchststrichterlichen Rechtsprechung gelingen wird, ihre bisherigen Bedenken zu überwinden und sich zu der Rechtsauffassung des verwaltungsrechtlichen Schrifttums durchzuringen. Das Hamburger Wegegesetz v. 4. April 1961²⁾, dessen § 5 lautet:

"Die Rechte und Pflichten, die der Freien und Hansestadt Hamburg und ihren Bediensteten im Zusammenhang mit der Durchführung dieses Gesetzes, insbesondere mit der Anlage, U n t e r h a l t u n g und Benutzung der öffentlichen Wege, zustehen oder obliegen, bestimmen sich ausschließlich nach den Vorschriften des ö f f e n t l i c h e n Rechts. Die Pflichten werden als A m t s p f l i c h t e n im Sinne des Artikels 34 des Grundgesetzes von den Bediensteten der Freien und Hansestadt Hamburg erfüllt",

1) SPANNER, S. 22.

2) GVBl. Nr. 22 v. 11.4.1961, S. 117.

kann hierzu bahnbrechende Schrittmacherdienste leisten¹⁾.

Zur Frage der Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen wird eine Fülle von unterschiedlichen und sich widersprechenden Meinungen ins Feld geführt. Gebot der Rechtswissenschaft ist es, in der Fülle dieses Stoffes den einheitlichen Gedanken zu sehen; denn - um mit SOHM²⁾ zu sprechen - "dieses Bedürfnis des menschlichen Geistes nach Einheit zu befriedigen, ist die ideale Aufgabe der Jurisprudenz". Möge die vorliegende Abhandlung hierzu einen bescheidenen Beitrag leisten.

1) ebenso § 6 des Hamburger Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen v.18.10.1957 (GVBl I, S.466).

Vgl. auch das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Binnenschiffahrts- und Rheinschiffahrtssachen v. 27.9.1952 (BGBl I, S.641), dessen § 2 (auszugsweise) lautet:

(1) "Binnenschiffahrtssachen im Sinne dieses Gesetzes sind bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die mit der Benutzung von Binnengewässern durch Schiffahrt oder Flößerei zusammenhängen und zum Gegenstand haben:

a) ...

b) ...

c) ...

d) Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Amtspflicht zur Sicherung des Verkehrs;"

hierzu HABERKORN in DVBl 1960, 196 (198).

2) SOHM, S.30.

§ 28 Zusammenfassung:

Dem Wortsinne nach stellt sich die Verkehrssicherungspflicht als eine Sammelbezeichnung für eine Vielzahl von Rechtspflichten dar. Im juristisch-technischen Sinne muß der Begriff der Verkehrssicherungspflicht jedoch enger gefaßt werden. Danach ist unter der Verkehrssicherungspflicht nur der Pflichtenkreis zu verstehen, der sich auf die Abwendung von Gefahren bezieht, die jemand durch sein Verhalten oder durch seine Sachen für andere Verkehrsteilnehmer schafft, ohne daß er selbst aktiv am Verkehr teilnimmt.

Die Verkehrssicherungspflicht bezieht sich auf die Abwehr von Gefahren, die den Wegebenutzern drohen. Sie kann nicht dahin verstanden werden, daß den Wegebenutzern ein klagbarer Anspruch auf ihre Erfüllung zusteht. Die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht kommt den Wegebenutzern lediglich als "Reflexrecht" zugute.

Rechtsgrund der Verkehrssicherungspflicht ist nicht das Eigentum als solches und auch nicht - wie der BGH zunächst angenommen hat - eine "objektive Gefahrenlage", sondern ein vorangegangenes gefährdendes Tun, die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle, regelmäßig die Eröffnung eines Verkehrs.

Bei den öffentlichen Straßen und Wegen knüpft die Verkehrssicherungspflicht nicht an den Akt der Widmung, sondern an die tatsächliche Indienststellung an.

Die Tatsache, daß die allgemein bestehende Verkehrssicherungspflicht ihren materiellen Rechtsgrund in einem vorangegangenen gefährdenden Tun, nämlich in der Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle, hat, schließt nicht aus, daß sie in Einzelfällen auch kraft eines formellen

Rechtsgrundes, also kraft Gesetzes, bestehen kann. Daneben lassen sich aus vertraglichen Rechtsbeziehungen Verkehrssicherungspflichten herleiten. Insoweit besteht dann Pflichtenkonkurrenz.

Der Satz von der Verkehrssicherungspflicht kann als allgemeingültiger ungeschriebener Rechtssatz unserer geltenden Rechtsordnung bezeichnet werden. Damit ist jedoch noch nichts über den rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht ausgesagt.

Die Frage nach dem rechtlichen Charakter der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen und Wegen ist gleichzeitig die Frage nach dem Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht.

Öffentliches Recht ist der Inbegriff derjenigen Rechtsätze, welche Subjekte berechtigen oder verpflichten, von denen wenigstens eins ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist. Öffentlich-rechtlich sind mithin diejenigen Pflichten, die und soweit sie sich aus einem Rechtssatz ergeben, der nicht jedermann, sondern notwendigerweise nur (wenigstens) ein Subjekt hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet.

Da das Subjekt der der Verkehrssicherungspflicht entsprechenden Berechtigung bei den öffentlichen Straßen und Wegen notwendigerweise ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist, trägt die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich dieser Verkehrswege öffentlich-rechtlichen Charakter.

Von der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht ist die Straßenunterhaltungspflicht als Bestandteil der Straßenbaulast scharf zu unterscheiden. Die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht und die Straßenunterhaltungspflicht sind in ihrem rechtlichen Charakter

übereinstimmende, ihrem Rechtsgrunde und ihrem Inhalte nach verschiedene Pflichten. Beide Pflichten obliegen weitgehend ein und demselben Träger hoheitlicher Gewalt.

Für die Frage nach der Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf den öffentlichen Straßen darf nicht auf die Person des Pflichtigen, sondern muß auf den rechtlichen Charakter der Pflicht selbst, die der Pflichtige zu erfüllen hat, abgestellt werden. Da die zuständigen Juristischen Personen des öffentlichen Rechts in Bezug auf diese Verpflichtung kraft einer nicht jedermann, sondern ausschließlich ihnen zustehenden Kompetenz handeln, werden sie auch in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig. Die Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege ist Gegenstand der nicht obrigkeitlichen hoheitlichen Verwaltung.

Haftungsrechtlich darf die Verkehrssicherungspflicht nicht mit den Tatbeständen der Gefährdungshaftung identifiziert werden. Bei der Gefährdungshaftung wird an die Schaffung einer Gefahrenquelle die Haftung geknüpft; bei der Verkehrssicherungspflicht knüpft sich aber an die Schaffung einer Gefahrenquelle nicht die Haftung, sondern nur die Verpflichtung, das Erforderliche für die Sicherheit des Verkehrs zu tun. Die Haftung selbst hängt erst wieder davon ab, daß diese aus der Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle sich ergebende Verpflichtung schuldhaft verletzt wird.

Die Theorie des BGH vom sog. Organisationsakt muß als verfehlt bezeichnet werden. Es ist kein Weg ersichtlich, wonach durch einen organisationsrechtlichen Akt die Rechtsgrundlage der Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht geändert werden könnte. Auch unabhängig von sog. Organisationsakten erfolgt die Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege in Ausübung öffentlicher Gewalt.

Ebenfalls kann es für die Frage nach der Haftungsgrundlage nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Gefahr in concreto von dem Zustand einer Straße selbst ausgeht oder nicht.

Die auf der alten Fassung des § 3 Abs.4 StVO beruhende scharfe Trennung der Pflichten der Straßenverkehrsbehörden (Verkehrsregelung) von denen der Straßenbaubehörden (Verkehrssicherung) läßt sich seit der Neufassung des § 3 Abs.4 StVO nicht mehr aufrecht erhalten. Die Regelung der Zuständigkeit, ob also die Straßenverkehrsbehörde oder die Straßenbaubehörde die Bestimmung über die aufzustellenden Verkehrszeichen zu treffen hat, kann keinen Unterschied machen und die gleiche Tätigkeit einmal als öffentlich-rechtliche und das andere Mal als privatrechtliche charakterisieren.

Auch im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzung der "einem Dritten gegenüber" obliegenden Amtspflicht bestehen gegen die Anwendung des § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG als Haftungsgrundlage keine Bedenken. Bedingt durch die allgemeine Ausweitungstendenz der Amtshaftungsbestimmungen haben heutzutage alle mit öffentlicher Gewalt betrauten Amtswalter jedem Dritten gegenüber die Amtspflicht, ihr Amt so auszuüben, daß dadurch niemand in seinen nach § 823 Abs.1 BGB geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt oder gar verletzt wird.

Ergebnis: Der Rechtsanspruch auf Schadensersatz bei Verletzung der Pflicht zur Verkehrssicherung der öffentlichen Straßen und Wege leitet sich aus § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG her. Daneben kommt eine privatrechtliche Haftung aus § 823 Abs.1 BGB oder aus dem Rechtsgedanken des § 836 BGB nicht in Betracht.

Lebenslauf

Am 7. Mai 1935 wurde ich als Sohn des Regierungsoberinspektors Fritz Jahn und seiner Ehefrau Agnes, geborene Breuers, in Münster (Westf.) geboren. Meine Schulzeit schloß ich Ostern 1955 mit dem Reifezeugnis des Ratsgymnasiums zu Münster ab. Anschließend studierte ich zwei Semester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. und fünf Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster Rechts- und Staatswissenschaft. Am 25. April 1959 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm meine erste juristische Staatsprüfung und bin seit dem 1. Juni 1959 im Landgerichtsbezirk Münster in der Referendarausbildung, die ich zwecks endgültiger Fertigstellung meiner Dissertation durch einen fünfmonatigen Sonderurlaub unterbrochen habe.

